



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en: Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2017/ 2018
Convocatoria: septiembre

EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR EN LA ERA DE LAS REDES SOCIALES

THE RIGHT TO THE OWN IMAGE OF THE MINOR IN
THE AGE OF SOCIAL NETWORKS

Realizado por el alumno D. Óscar Eduardo Alviarez Figueroa

Tutorizado por el Profesor D. Juan Antonio García García

Departamento: Derecho civil

Área de conocimiento: Derechos de la persona.

ABSTRACT

This essay has the fundamental aim of analyzing the protection of the right to the image granted by the Spanish legal system for un-emancipated minors.

For this analysis I will be resorting to numerous fundamental rights assembled in the 1978 Spanish constitution that set the basis of the right to the image and thus allowed the later development of not only such a fundamental but innovative right. This development was firstly depicted with the organic law 1/1982, 5th of May, of civil protection of de right to honour, to personal and family privacy and to the self-image, and then years later with the Organic Law 1/1996, 15th of January, of legal protection of minors. This last one addressed essentially to un-emancipated minors, ensuring for them a set of rights among of which the right to honour, to privacy and the right of self-image stand out.

Therefore, along this essay it is depicted not only the minor's limited ability to act but also the large amount of vicissitudes that revolve around the exercise of their rights, among of which the conflicts between the fundamental rights like freedom of speech (art. 20 CE) and the right to the self-image (art. 18.1 CE) are remarkable.

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

El presente trabajo tiene como fin fundamental analizar la protección del derecho a la imagen que otorga el ordenamiento jurídico español, a los menores de edad no emancipados.

Para ello, me sirvo de numerosos derechos fundamentales recogidos en la Constitución Española de 1978 que sentaron las bases del derecho a la propia imagen y que, permitió el posterior desarrollo de un derecho tan fundamental como novedoso. Este desarrollo, se vio reflejado, primero con 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, y años después, con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Esta última está dirigida esencialmente al menor de edad no emancipado, atribuyéndole una serie de derechos, entre los que destacan el



derecho al honor, la intimidad y la propia imagen.

Por consiguiente, a lo largo del presente trabajo se atiende no sólo a la limitada capacidad de obrar del menor, sino también al gran número de vicisitudes que surgen en torno al ejercicio de sus derechos, entre los que destacan los conflictos entre derechos fundamentales como son, la libertad de expresión (art. 20 CE) y el derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE).

ÍNDICE

1. <i>Introducción</i>	6
2. <i>La intimidad de los menores en las redes sociales: Un caso paradigmático</i>	6 - 8
3. <i>La imagen del menor</i>	8
3.1. <i>El reconocimiento constitucional del derecho a la propia imagen</i> ...	8 - 11
4. <i>La capacidad de obrar en el menor de edad</i>	11
4.1. <i>La capacidad de obrar del menor en general</i>	11 - 14
4.2. <i>La capacidad del menor en el ámbito de su legislación específica</i> ...	14 - 15
5. <i>El consentimiento del menor de edad no emancipado para las intromisiones en el ámbito protegido por el derecho a la propia imagen</i>	15 - 18
5.1. <i>El consentimiento del menor en las redes sociales y su particular peligrosidad</i>	18 - 21
5.2. <i>El consentimiento otorgado por los titulares de la patria potestad y su particular problemática</i>	21 - 25
5.3. <i>¿Pueden los titulares de la patria potestad violar la intimidad del menor en cualquier circunstancia?</i>	25 - 28
6. <i>La intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del menor y las excepciones legales. ¿Cómo juegan éstas en el caso de los menores?..</i>	28
6.1. <i>Las excepciones legales en el ámbito protegido</i>	28 - 30
6.2. <i>El derecho a la imagen del menor en los medios de comunicación</i> ...	30 - 34

7. <i>El interés superior del menor como criterio inspirador de cualquier interpretación del marco legal relativo a la protección del derecho a la propia imagen del menor.....</i>	34
7.1. <i>El interés del menor como criterio general de interpretación del marco legal.....</i>	34 - 41
7.2. <i>El interés del menor en la interpretación del marco legal específico del derecho a la propia imagen.....</i>	41 - 43
8. <i>Conclusiones.....</i>	44 - 45
9. <i>Bibliografía, revistas y páginas web consultadas</i>	46 - 47

1. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar las peculiaridades que presenta la protección de la propia imagen de los menores de edad, tanto más cuando en la actualidad el acceso normalizado de éstos a los medios de comunicación social, desde edades muy tempranas, y la enorme facilidad que la publicación y acceso por terceros a las imágenes de los menores suponen las nuevas tecnologías de la comunicación, multiplican los riesgos de atentado e intromisión para aquel derecho. Al propio tiempo, este análisis nos permitirá cuestionarnos sobre el alcance y condiciones del consentimiento prestado por dichos menores para legitimar las intromisiones por terceros en el ámbito protegido por el derecho constitucional aludido.

2. La intimidad de los menores en las redes sociales: un caso paradigmático.

Que los menores son titulares de una serie de derechos fundamentales, entre ellos, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es algo que resulta inequívocamente del texto constitucional (art. 18.1 CE), y ello por más que en la concepción tradicional se ha considerado a los menores como incapaces desde el punto de vista civil, y se ha otorgado a los titulares de la patria potestad un poder sobre la esfera personal de aquellos menores tan amplia que ha llegado a anular totalmente cualquier ámbito de decisión de los propios menores sobre su esfera personal.

Por ello es interesante ahondar en las facultades que ostentan los titulares de la patria potestad respecto de sus hijos menores cuando éstos utilizan las redes sociales, para

saber si aquella concepción tradicional del papel de los progenitores y de la capacidad de los menores se puede mantener actualmente en el ordenamiento jurídico.

En este punto es importante hacer alusión a la Sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo del 10 de diciembre del 2015, que consiste en un recurso interpuesto ante dicho Tribunal alegando una vulneración de los arts. 18.1 y 18.3 CE (derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones).

Según los hechos probados en primera instancia, un hombre mayor de edad contactó a través de la red social ‘Facebook’ con la menor de 15 años, ante la que se desnudó y masturbó, utilizando la cámara de su ordenador. Debido a esta situación, el sujeto pretende impugnar la validez de las pruebas basadas en los mensajes obtenidos a través de ‘Facebook’, entendiéndose que la madre de la menor accedió a los mismos sin el consentimiento ni del sujeto mayor de edad ni de la menor implicada.

A propósito de este aspecto, el Tribunal, concretamente, en el fundamento de derecho número quinto, mantiene que *“aunque no se ha determinado cómo llegó a conocimiento de la madre la clave a través de la que accedió a la cuenta de Facebook de la menor, es palmario que contaba con ella. Es presumible, hasta el punto de poder descartarse otra hipótesis que sería inverosímil, que si la conocía no es a través de artilugios o métodos de indagación informática que permitiesen su descubrimiento al margen de la voluntad de la titular de la cuenta”*. Además, añade que *“Es inferencia fundada que la contraseña pudo ser conocida a raíz de una comunicación voluntaria de la propia menor titular, bien directamente; bien a través de su hermana.”*

En definitiva, la propia sentencia hace alusión a que la madre es la que obtiene la información, y que, como titular de la patria potestad ostenta una *“función tuitiva respecto de la menor.”* Por ello, al ser la progenitora quien accede a la cuenta de su hija (ante signos evidentes de la existencia de una actividad criminal, en la que no se

excluye la victimización de su hija), el Tribunal Supremo entiende que no ha habido una vulneración del derecho a la intimidad, ya que *“no puede el ordenamiento hacer descansar en los padres unas obligaciones de velar por sus hijos menores y al mismo tiempo desposeerles de toda capacidad de control en casos como el presente en que las evidencias apuntaban inequívocamente en esa dirección.”*¹

En resumen, el Tribunal Supremo mantiene que no es posible considerar ilícita una prueba cuando esa intromisión o afección al derecho a la intimidad proviene de un particular autorizado, y concretamente, de uno de los titulares de la Patria potestad en cumplimiento de todos y cada uno de esos derechos y deberes que le son inherentes a su posición (art. 154 CC).

Este caso resuelto por la jurisprudencia nos ilustra sobre los peligros y riesgos derivados de este acceso por los menores a las redes sociales, y sobre el alcance de su consentimiento para legitimar intromisiones al derecho a su propia imagen. Desarrollaré los argumentos y cuestiones implicadas a lo largo de las siguientes páginas.

3. La imagen del menor.

3.1. El reconocimiento constitucional del derecho a la propia imagen.

La Constitución Española en su artículo 18.1 garantiza *“el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”*. En desarrollo de las previsiones constitucionales aparecen en nuestro panorama jurídico dos Leyes Orgánicas de gran calado; por un lado, 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*; y por otro

¹ STS N.º 864/2015, de 10 diciembre de 2015.

lado la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

Antes de nada, es necesario dilucidar cuál es el contenido del derecho a la propia imagen al que se refiere el art. 18.1 CE. Tanto la doctrina constitucional como la jurisprudencia han definido el derecho a la propia imagen como *“un derecho de la personalidad, con un contenido propio, específico y diferenciado de los demás, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas.”*²

Ha habido numerosos juristas que a lo largo de estos últimos años se han acercado a esta definición, como GITRAMA GONZÁLEZ que lo define como *“un derecho innato a la persona que se concreta en la reproducción o representación de la figura de ésta, en forma visible y reconocible. Concibiéndolo, por tanto, como un derecho “subjetivo de carácter privado y absoluto.”*³

Tal y como podemos observar, el derecho a la propia imagen se encuentra recogido en la Sección I del Capítulo II del Título I de la Constitución Española relativa a los derechos fundamentales y a las libertades públicas, perteneciendo, por ende, a la parte más protegida e importante de la Constitución Española. Más aún, cuando este derecho se ve amplificado en el propio texto constitucional, en su art. 20.4, donde se establece como límite el derecho a la propia imagen respecto a derechos fundamentales como son la libertad de expresión o información. Aspectos que nos permiten entrever la importancia que ostenta el derecho a la propia imagen en nuestro ordenamiento jurídico.

Siguiendo con el contenido del derecho a la propia imagen, el Tribunal Constitucional sostiene en reiterada jurisprudencia (STC 83/2002, de 22 de abril de 2002, 14/2003, de

² STC 81/2001, de 26 de marzo de 2001.

³ GIL ANTÓN, ANA MARÍA; *El derecho a la propia imagen del menor en internet*. Dykinson. Madrid 2013. Pág. 28.

28 de enero) que el derecho a la propia imagen, como derecho de la personalidad, *“atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad -informativa, comercial, científica, cultural, etc.- perseguida por quien la capta o difunde”*

Resumidamente, el derecho a la propia imagen se concibe como un derecho autónomo *“que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su reconocimiento como sujeto individual.”*⁴ Por esta razón dispone de un extenso ámbito de protección frente a cualquier género de intromisiones ilegítimas.⁵ Dichas intromisiones se producen, por regla general, cuando se lleva a cabo la utilización de imágenes del sujeto sin haber mediado consentimiento por parte del mismo (art. 2 LO 1/1982).

En el caso de los menores, esta protección se amplifica, pudiendo éstos otorgar el consentimiento si sus condiciones de madurez lo permiten (art. 3 LO 1/1982), pero en ningún caso cuando sea menor de doce años. Por consiguiente, cuando el menor no alcance esta edad o se deduzca que no posee la madurez suficiente, el consentimiento deberá ser otorgado por sus representantes legales. Sin embargo, esta protección es aún más extensa, debido a que podrá ser considerado como intromisión ilegítima la utilización de la imagen del menor cuando ésta suponga un menoscabo de su derecho a la honra o reputación, pese a que hubiera mediado consentimiento (art. 4.3 LO 1/1996). Se trata, en cualquier caso, de *“una protección especial, en aras a proteger el interés*

⁴ STC N.º 208/2013, de 16 de diciembre de 2013.

⁵ 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 (BOE núm., 115, de 14 de mayo de 1982. PP.1982-11196). Artículo primero. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1982-11196&p=20100623&tn=0>

*superior del menor*⁶ que debe prevalecer, tal y como se indica en el art. 3 de la *Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989* y en la jurisprudencia proveniente de la Sentencia del Tribunal Supremo N.º 621/2003, de 15 de julio.

4. La capacidad de obrar en el menor de edad.

Que el tratamiento de los derechos constitucionales en el caso de que sus titulares sean menores de edad requiere cierta modulación es algo que aparece ya en la aludida LO 1/1982, de 5 de mayo, aunque ésta es una norma mucho más genérica en cuanto al tratamiento del menor se refiere, ya que está principalmente orientada a la protección civil de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen frente a todo género de injerencia o intromisiones ilegítimas con independencia de la edad del titular de aquellos derechos⁷. A diferencia de ésta, la LO 1/1996, de 15 de enero, ya surgió con la finalidad de desarrollar el art. 18.1 de CE haciendo especial hincapié en la protección jurídica del menor, y por consiguiente creando un marco jurídico que incorporara al ordenamiento jurídico español lo establecido en los diversos Tratados Internacionales ratificados por España, entre ellos, *La Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989*⁸.

4.1. La capacidad de obrar del menor en general.

⁶ STC N.º 158/2009, de 29 de junio de 2009.

⁷ 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 primero.

⁸ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996. PP. 1996-1069). Exposición de motivos. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069&p=20150729&tn=0>

En lo relativo al menor y a la especial protección que debe dispensarle el legislador, resulta de gran importancia hacer mención del art. 39 CE donde se garantiza por parte de los poderes públicos *“la protección integral de los hijos”*, así como la protección de los niños a través de *“Los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”* Este artículo de la Constitución, al igual que el 18.1 nos permite establecer un punto de partida para introducirnos de lleno en la capacidad del menor. Pero antes, es importantísimo aclarar a qué se refiere la Constitución Española y la LO 1/96 cuando se refieren al concepto de “menor”.

Para ello, nos dirigiremos al art. 12 CE y al artículo primero tanto de la LO 1/96 como de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, donde se sostiene que son menores las personas que tengan menos de dieciocho años *“salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad.”*⁹

Partiendo de este punto, es necesario aclarar que los menores son titulares de una serie de derechos fundamentales cuya titularidad presenta algunas modulaciones. En muchas ocasiones, dichas modulaciones de la capacidad de obrar del menor se han asimilado a las de un incapacitado, pero lo cierto es que nuestro derecho positivo no niega la capacidad de obrar del menor emancipado, y por consiguiente no cabe igualarla con la del incapacitado (incluso, cabe decir que en los últimos tiempos la consideración de los incapacitados, o mayores con capacidad judicialmente modificada, ha cambiado también radicalmente con la interpretación del sistema de normas civiles a la luz de la Convención de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, BOE de 21 de abril de 2008) .¹⁰ Este aspecto es observable en el art. 162 CC donde se exceptúan una serie de actos en que el menor no emancipado asume la representación legal de sí mismo, entre ellos *“Los actos relativos a los derechos de la personalidad que... de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo”*. De la

⁹ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo primero.

¹⁰ GARCÍA GARNICA, M.^a DEL CARMEN; *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado*. Aranzadi, SA. Navarra 2004. Pág. 34.

misma manera se produce cuando la representación del menor es realizada por un tutor, donde el tutor será el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí mismo, tal y como se establece en el art. 267 CC.

Este planteamiento nos permite seguir avanzando y afirmar, con el art. 162.2. 1º que el menor no emancipado puede realizar una serie de actos a los que la doctrina suele denominar como '*actos mínimos*' o '*sin importancia*', dando lugar a esa primera manifestación de la capacidad de obrar del menor¹¹.

En la misma línea relativa a la capacidad de obrar del menor, me gustaría hacer mención de una serie de supuestos en los que el menor no emancipado se encuentra habilitado para obrar, siendo ésta, una habilitación que se otorga puntualmente por parte del legislador.

- Un ejemplo claro de esa capacidad de obrar la podemos encontrar en el art. 626 del CC donde a través de una interpretación a '*sensu contrario*' se sostiene que el menor pueda aceptar donaciones no condicionales ni onerosas.
- Otro ejemplo lo podemos encontrar en el Estatuto de los trabajadores, concretamente en su art. 6.1 donde se reconoce la capacidad del menor (en este caso de dieciséis años) de celebrar contratos laborales.¹²

Para concluir con este aspecto y siguiendo con el mismo razonamiento que el de GARCÍA GARNICA, podemos deducir que el menor es una persona con una capacidad de obrar:

- Limitada. De esta manera podemos observar que la atribución de la capacidad de obrar, por parte del ordenamiento jurídico, al menor no emancipado se produce en una serie de situaciones en que este último puede comprender el alcance o finalidad de sus actuaciones. Esto es a lo que se conoce como capacidad natural.¹³

¹¹ GARCÍA GARNICA, M.^a DEL CARMEN; *El ejercicio de los...* Óp. Cit. Pág. 35.

¹² GARCÍA GARNICA, M.^a DEL CARMEN; *El ejercicio de los...* Óp. Cit. Pág. 37.

- Tendente al desarrollo o a la evolución. GARNICA utiliza el término ‘*evolución*’ con la intención de reflejar esos cambios que se producen en la capacidad de obrar del menor con el transcurso de los años y que está estrechamente relacionada con esa capacidad natural a la que nos referíamos anteriormente. La autora mantiene que “*en ocasiones el ordenamiento jurídico presume expresamente la capacidad natural a partir de una edad cronológica, pero en ningún caso por debajo de los 12 años*”.¹⁴

4.2. *La capacidad del menor en el ámbito de su legislación específica.*

Estos ejemplos sirven para adentrarnos en los derechos de la personalidad del menor (no emancipado), partiendo en todo momento del art. 10 de la Carta Magna, donde se sitúa como fundamento del orden político y social la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, siendo este último de gran importancia en la regulación de la protección del menor.¹⁵ Cabe destacar en este punto que, la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, concretamente en su art. 10 otorga al menor la posibilidad de proteger sus derechos, facilitándole el acceso a mecanismos adecuados a sus necesidades para plantear sus quejas ante la figura del Defensor del Pueblo o instituciones autonómicas homólogas¹⁶. Además, se incluye la posibilidad de solicitar, por parte del menor, asistencia legal y el nombramiento de un defensor judicial. Todo ello sin perjuicio de que pueda actuar el Ministerio fiscal en defensa de los derechos del mismo¹⁷.

¹³ GARCÍA GARNICA, M.^a DEL CARMEN; *El ejercicio de los...* Óp. Cit. Pág. 61.

¹⁴ GARCÍA GARNICA, M.^a DEL CARMEN; *El ejercicio de los...* Óp. Cit. Pág. 62.

¹⁵ GIL ANTÓN, ANA MARÍA; *El derecho a la propia imagen...* OP. Cit. Pág. 35.

¹⁶ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo décimo.

¹⁷ GARCÍA GARNICA, M.^a DEL CARMEN; *El ejercicio de los...* Óp. Cit. Pág. 50.

El artículo primero de la LOPJM está orientada principalmente a los menores de edad no emancipados, es decir, a aquellos menores de dieciocho años, a menos que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad. Con esta última referencia se hace alusión a los menores emancipados y a aquellos a los que les hubiera sido concedido el beneficio de la mayoría de edad. Por consiguiente, debemos dirigirnos al art. 323 del Código Civil, según el cual “*La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor*” abarcando por consiguiente el derecho a la defensa de su propia imagen. Lo mismo ocurre con aquellos menores a los cuales se les concede el beneficio de la mayoría de edad (art. 321 CC).

Tampoco debemos olvidarnos de aquellos menores a los que se les presume emancipados por vida independiente, pero para ello deberán ser mayores de dieciséis años y contar con el consentimiento de los padres o tutores (art. 319 CC). De este artículo podemos extraer que estos menores no se encuentran totalmente separados de la patria potestad, pudiendo los titulares de la misma “*revocar este consentimiento*” y, por consiguiente, no deben estar exentos ‘a priori’ de las intervenciones del ministerio fiscal¹⁸.

Por último, es importante recordar que en lo relativo a los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor emancipado no existen diferencias con aquel mayor de edad, y por consiguiente se deberá realizar una interpretación genérica de los mismos.

5.- El consentimiento del menor de edad no emancipado para las intromisiones en el ámbito protegido por el derecho a la propia imagen.

¹⁸ Instrucción 2/2006 sobre el Fiscal y la Protección del Derecho al Honor, Intimidad y Propia Imagen de los Menores. Págs. 6 y 7. Disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/ins02-2006.pdf?idFile=b50465bd-9bff-4e8c-bbec-4e7be3cc70aa

Los menores se encuentran en una fase de desarrollo de la personalidad y por ello se les considera especialmente vulnerables, razón por la cual surgen una serie de obligaciones sobre sus padres (o tutores) como titulares de la patria potestad, entre las que se incluyen la protección de los derechos del menor. Dicha protección, como deber inherente a la Patria potestad se ejercerá siempre en beneficio del hijo, tal y como se establece en el art. 154 CC. En ausencia de padres o tutores, el Ministerio fiscal y la Entidades Públicas los sustituirán en el ejercicio de sus funciones (arts. 4.2 y 4.3 LO 1/1996).

En cuanto al consentimiento del menor se refiere, debemos hacer alusión al art. 3 LO/1982 en el que se establece la validez del consentimiento otorgado por el menor “*si sus condiciones de madurez lo permiten*”. En el resto de los casos, el consentimiento deberá otorgarse por escrito y por los representantes del menor.

En correlación con este artículo es importante mencionar el art. 4.3 LOPJM donde se establece qué se considera como intromisión ilegítima sobre los derechos de la personalidad del menor, siendo ésta cualquier utilización de la imagen o del nombre del menor no sólo cuando no haya mediado consentimiento, sino también cuando el mismo sea contrario a sus intereses. En este último apartado, siguiendo el razonamiento de la profesora Ana María Gil Antón¹⁹, podemos observar cómo reaparece una vez más ese interés superior del menor²⁰ para proteger el derecho fundamental a la propia imagen frente a todo tipo de intromisiones, incluso cuando se entiende que el propio menor ya posee el desarrollo suficiente para otorgar ese consentimiento.

¹⁹ GIL ANTÓN, ANA MARÍA; *El derecho a la propia imagen...* Óp. Cit. Pág.217.

²⁰ Asamblea General de Naciones Unidas; Convención *sobre los Derechos del Niño* de 20 de noviembre de 1989. Artículo tercero.

En este punto quisiera hacer mención a dos sentencias en concreto, a partir de las cuales el Tribunal Constitucional ha sentado doctrina en muchos aspectos relativos a la vulneración del derecho a la intimidad o a la propia imagen (art. 18.1 CE)

- *La Sentencia del Tribunal Constitucional 134/1999, de 15 de julio* donde se analiza si la revelación de información de los hijos de una famosa actriz (y por tanto menores de notoriedad pública) en una revista supone una vulneración del derecho a la intimidad del menor al entrar en conflicto con el derecho a la libertad de información. Por tanto, el Tribunal resuelve entendiendo 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 art. 18.1 C.E., 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 aquéllos eventos de la vida de ambos menores que ya hemos calificado propios de su intimidad personal y familiar*”

De esta manera se puede deducir el alcance que le otorga el Tribunal Constitucional al derecho a la intimidad del menor (art. 18.1 CE), situándolo por encima de la libertad de información (art. 20.1 CE), incluso cuando dicha información es veraz, de notoriedad pública y la informante es la madre biológica de los niños. Por consiguiente, esa libertad de información quedará supeditada al derecho a la intimidad y a la propia imagen especialmente cuando se trata de la protección de la juventud y de la infancia (art. 20.4 CE).

- *La Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 158/2009, de 29 de junio de 2009* que abarca principalmente la vulneración al derecho a la imagen del menor,

dando lugar a lo que conocemos como “intromisión ilegítima”, razón por la cual la analizaré extensamente en el próximo epígrafe.

5.1. *El consentimiento del menor en las redes sociales y su particular peligrosidad.*

En nuestro país la edad mínima para acceder a este tipo de plataformas o redes sociales se encuentra establecida en los catorce años. Aquellos menores de edad que tengan catorce años o más podrán prestar su consentimiento para la utilización y el tratamiento de sus datos de carácter personal. Se trata por tanto de un aspecto de gran importancia, ya que se entiende que el menor una vez alcanza los catorce años ostenta esa capacidad natural que le permite comprender aquello que está sucediendo.²¹ Dicho consentimiento se encuentra regulado en el art. 13 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, según el cual *“Podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores.”*

Recientemente se ha llevado a cabo la reforma de la Ley Orgánica de protección de datos, con la intención de incluir las novedades establecidas por el *REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*. Este Reglamento que entró en vigor el 25 de mayo de 2018 deroga la Directiva 95/46/CE, extendiendo su ámbito de aplicación a todos los países miembros de la Unión Europea. En lo concerniente al

²¹ GARCÍA GARNICA, M.^a DEL CARMEN; *El ejercicio de los...* Óp. Cit. Pág.45.

menor de edad, la reforma que incide en la esfera particular del mismo es la del art. 8, donde el reglamento prevé que el consentimiento sólo será válido a partir de los 16 años, debiendo contar con la autorización de los padres o tutores legales en caso de no alcanzar dicha edad. No obstante, en el siguiente párrafo se indica que “*Los Estados miembros podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esta no sea inferior a 13 años*”. Por ende, el *Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal* que establece la edad mínima para otorgar el consentimiento en catorce años cumple con la normativa europea.

En síntesis, los menores de catorce años no podrán acceder a plataformas tales como ‘Facebook’ o ‘Instagram’ sin el consentimiento de los titulares de la patria potestad o de quién ostenta su representación legal. Sin embargo, en otras redes sociales como ‘Twitter’ o ‘WhatsApp’ la edad mínima para acceder es de trece años,²² cumpliendo así con la normativa del lugar en que están registradas y al mismo tiempo con la normativa europea.

En este sentido, también existen otras aplicaciones como ‘LinkedIn’ o ‘Periscope’ en que la edad mínima para acceder es de dieciséis años, pero incluso de esta manera, apenas existen garantías de una verdadera protección de los derechos del menor. Esto lo podemos observar en la facilidad que entraña la creación de una cuenta a la que se pueden aportar datos falsos, y en las que el único requisito indispensable para acceder es la posesión de un correo electrónico. En consecuencia, el menor estará expuesto a situaciones tales como el ciberacoso, el contacto con extraños o el acceso a contenido inapropiado, situaciones que serán difícilmente evitables a menos que se efectúe un control sobre las actuaciones que realiza el menor en la red, lo cual podría reducir el riesgo, pero no eliminarlo completamente.

²² BIOSCA, P. (13 de febrero de 2018). *¿Cuál es la edad mínima para usar las redes sociales?* ABC. Recuperado de <https://www.abc.es/tecnologia/redes/abci-cual-edad-minima-para-usar-redes-sociales->

La inmensa mayoría de menores desconoce las consecuencias que puede provocar la difusión de imágenes o aspectos de su vida personal en la red. En la actualidad encontramos un gran número de menores de edad que comparten imágenes propias, en actitud provocativa o erótica, en las redes sociales. Cuando este tipo de intercambio de mensajes se realizan con una tercera persona en concreto, es a lo que se conoce como ‘Sexting’, un anglicismo proveniente de la conjunción de ‘sex’ (sexo) y ‘texting’ (mensaje). Este aspecto adquiere una mayor relevancia cuando se trata de menores, ya que pueden dar lugar a distintos tipos delictivos, como los recogidos en el art. 189.1.B. relativos a la pornografía infantil. No obstante, existen grandes diferencias en estos casos, debido a que se considera como culpable de este tipo delictivo a aquel que utiliza menores o personas con discapacidad (necesitadas de especial protección) para fines pornográficos²³, cuya pena se agravará cuando se trate de menores de dieciséis años (art. 189.2 CP). Este tipo de delitos no se asemeja en exceso con la figura del ‘Sexting’, ya que no entra en juego ni siquiera el consentimiento. Sin embargo, con la introducción de la Ley Orgánica 1/2015 por la que se modificó la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se tipificó en su art. 197.7 la difusión o divulgación de imágenes sin el consentimiento de la víctima. Este delito se incardina en los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio y más concretamente en el Capítulo Primero, bajo la rúbrica *"del descubrimiento y revelación de secretos"*. En dicho artículo se especifica que *"Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales...cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona."* En cualquier caso, si la víctima fuera menor de edad, la pena se impondrá siempre en su mitad superior, tal y como podemos observar en el segundo párrafo del art. 197.7 CP.

²³ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, pp. 1995-25444). Art. 189.1. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444&p=20150428&tn=2>

De esta manera es posible observar claramente los riesgos que existen en las redes sociales, y concretamente, los riesgos a los que se pueden enfrentar los menores en la red, situaciones tan desagradables que pueden provocar un grave riesgo en el desarrollo de su personalidad. En cuanto al motivo que lleva a los menores a realizar este tipo de conductas, el centro de investigación norteamericano conocido por el nombre de ‘*Pew Research Center*’ realizó un estudio en el año 2009 denominado ‘*teens and sexting*’, llegando a la conclusión de que los adolescentes utilizan este tipo de imágenes “*como un sustituto de las relaciones sexuales, al tiempo que se están usando como una especie de moneda emocional, que necesitan pagar para mantener una relación*”²⁴.

Para concluir, quisiera añadir que, el menor de edad, como titular del derecho a la intimidad y a la propia imagen, para llevar a cabo la utilización de una imagen propia requerirá no sólo un consentimiento expreso e inequívocamente manifestado (como es el caso de los adultos), sino también forma escrita²⁵. Este aspecto ha sido tratado en numerosas sentencias como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona del 16 de octubre de 2002. De esta forma, surge la necesidad de desarrollar más ampliamente el consentimiento del menor en relación con los derechos que asisten a los titulares de la Patria Potestad, dando lugar así a una problemática que analizaré a continuación

5.2. El consentimiento otorgado por los titulares de la patria potestad y su particular problemática.

En los últimos años hemos asistido a un crecimiento desenfrenado de las redes sociales, las cuales acaparan un gran número de horas en nuestra vida cotidiana. A consecuencia

²⁴ LENHART, A. (2009, 15 de diciembre). *Teens and sexting*. Pew Research Center. Recuperado de <http://www.pewinternet.org/2009/12/15/teens-and-sexting/>

²⁵ Instrucción 2/2006 sobre el Fiscal y la Protección del Derecho al Honor, Intimidad y Propia Imagen de los Menores. Págs. 16 y 17.

de esta situación y del uso desenfrenado de las mismas, hemos visto un auge de sentencias relativas a vulneraciones del derecho al honor y a la propia imagen del menor. Dichas vulneraciones o intromisiones ilegítimas se deben en muchas ocasiones al uso indiscriminado de las redes sociales por parte de los padres en las que comparten imágenes, datos e información acerca de los menores. Esta situación es tan común hoy en día que incluso ha sido acuñada con el término “*sharenting*”²⁶ que, como es lógico, se trata de un anglicismo que proviene de la unión de las palabras, “*share*” (compartir) y “*parenting*” (paternidad) consistente, según la BBC, “*en documentar las primeras sonrisas, palabras, pasos y cada una de las anécdotas de los más pequeños en Facebook, Instagram y otras redes sociales*”. Esta situación ha generado un gran número de sentencias, debido a que la patria potestad se debe ejercer siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental (art. 154 CC). De esta manera suelen surgir discrepancias entre aquellos que ostentan la patria potestad, siendo un gran ejemplo la Sentencia dictada el 4 de junio de 2015 por la *Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra*. La misma versa sobre un recurso interpuesto contra la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Tui, por parte de la madre de la menor, en la que se solicita que se le prohíba al otro progenitor la publicación de imágenes de su hija en la red social ‘*Facebook*’.

De esta sentencia es importante mencionar el fundamento de derecho número cuarto en la que se destaca que el derecho a la propia imagen del art. 18.1 CE “*se configura como un derecho de la personalidad que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación (SSTC26/3/2001, 16/4/2007 y 29/6/2009)*.” Al mismo tiempo sostiene que “*la representación fotográfica del menor constituye un dato de carácter personal*”²⁷, por lo que se requiere el

²⁶ BBC MUNDO, (23 de mayo de 2018). *Qué es el sharenting y por qué deberías pensártelo dos veces antes de compartir la vida de tus hijos en redes sociales*. BBC Mundo. Recuperado de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-44210074>

²⁷ Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (BOE núm. 17, de 19 de enero de 2018, pp. 2008-979). Artículo. 5.1.F.

consentimiento de la persona cuya imagen se está tratando²⁸. Pero en este caso se trata de una menor, y siguiendo con lo establecido en el art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982, sólo podrá prestar su consentimiento si sus condiciones de madurez lo permiten. En caso de que no fuera posible, dicho consentimiento deberá otorgarse por sus representantes legales, siendo éstos los titulares de la patria potestad (art. 154 CC).

Posteriormente, la propia sentencia hace alusión a que la patria potestad se ejerce conjuntamente por ambos progenitores o por uno de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro, siempre que éstos sean conforme al uso social (art. 156 CC). Pero *“en caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quién, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre.”*

Por último, la Audiencia Provincial de Pontevedra resolvió a favor de la apelación, manteniendo que el padre, en todo caso, deberá recabar el consentimiento de la madre para llevar a cabo la publicación de imágenes del menor en las redes sociales, y en el caso de que no fuera posible obtenerlo, deberá solicitar autorización judicial.²⁹

Observando la disparidad de criterios en las Audiencias Provinciales, el Tribunal Supremo se pronuncia días después con la STS 383/2015 del 30 de junio de 2015. Dicha sentencia valora la utilización de una serie de imágenes de un menor sin el consentimiento de los representantes legales del mismo. El caso es un tanto particular, ya que las fotos fueron realizadas por el tío del menor, estando presente la madre del mismo (demandante). En la fotografía se observa al menor en brazos de su tía intentando acariciar a un ave rapaz y fue publicada por la revista infantil Chiquiocio

Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2008-979>

²⁸ Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Artículos segundo y tercero.

²⁹ MATEO, F. (3 de junio de 2017), *¿Se pueden publicar fotos de hijos menores de edad en las redes sociales?* Recuperado de <https://www.mateobuenoabogado.com/blog/publicacion-de-fotos-de-menores-en-las-redes-sociales/>

Cultural S.L., gracias a la cesión de imágenes efectuada por la Fundación del Museo de la Ciencia de Valladolid. La demanda fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia N.º 3 de Vigo al igual que el posterior recurso de apelación ante la sección sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra. Contra la sentencia de la Audiencia Provincial, la madre del menor interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo alegando vulneración del art. 4.3 LO 1/96, y por tanto del derecho a la propia imagen recogida en el art. 18.1 CE.

El alto tribunal, en su argumentación, valoró si la publicación (en un medio de difusión cultural) de una fotografía en la que aparece el menor, constituye una vulneración del derecho a la propia imagen del menor. Resolviendo que sí supone una vulneración, debido a la especial protección de la que gozan los menores en nuestro ordenamiento jurídico, y para ello se apoya no sólo en el art. 4.3 LO 1/96 sino también en la jurisprudencia del propio Tribunal según la cual *«la captación y difusión de fotografías de niños en medios de comunicación social, es preciso tener en cuenta (...) que el ordenamiento jurídico establece en estos supuestos una protección especial, en aras a proteger el interés superior del menor³⁰»*.

En este caso, a diferencia de otros, la intromisión ilegítima no se produce por el fin perseguido con la publicación de la imagen, sino por la entrega entre los codemandados de la imagen sin acreditar el consentimiento necesario para la utilización de la misma. Por consiguiente, el tribunal sostiene que existe una vulneración del art. 18.1 CE al no haber obtenido el consentimiento de los representantes legales del menor, ya que en estos casos *“siempre que no medie el consentimiento de los padres o representantes*

³⁰ La STC 158/2009, de 29 de junio sostiene que el derecho a la propia imagen *«garantiza un ámbito privativo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas, impidiendo la obtención, reproducción o publicación por un tercero de una imagen que contenga los rasgos físicos que permita reconocer su identidad»*.

legales de los menores con la ausencia del Ministerio Fiscal, la difusión de cualquier imagen de éstos ha de ser reputada contraria al ordenamiento jurídico”³¹

5.3. ¿Pueden los titulares de la patria potestad violar la intimidad del menor en cualquier circunstancia?

La respuesta a esta pregunta es no. Los padres, como titulares de la Patria Potestad, deben velar por ellos, y ejercerla siempre atendiendo al interés del menor (art. 154 CC). Todo ello, sin olvidar que el menor es titular del derecho a la intimidad, a la propia imagen, así como al secreto de las comunicaciones³², razón por la cual *“Los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros.”*³³ En consecuencia, podemos deducir que el titular de la patria potestad no puede introducirse en la esfera jurídica del derecho a la intimidad del menor, salvo en aquellos casos en que la integridad física o psicológica de éste último pueda encontrarse en peligro, o se tengan claros indicios de la existencia de un posible delito. Un ejemplo claro lo podemos encontrar en la Sentencia del Tribunal Supremo del 10 de diciembre de 2015 anteriormente analizada.

Siguiendo con este punto, D. Jorge Bermúdez, fiscal especializado en criminalidad informática, ³⁴ mantiene que *«Cuando creemos que nuestro hijo está siendo víctima de un delito... En un momento determinado, puede estar justificado invadir su intimidad y ver un mensaje que ha recibido. Pero no debe ser por sistema.»* Este último apunte que

³¹ SSTs de 19 de noviembre de 2008; 17 de diciembre 2013; 27 de enero 2014.

³² Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 4.1.

³³ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 4.5.

³⁴ Pérez Barco, M.J. (3 de junio de 2017). *¿Hasta dónde puede llegar un padre en vigilar a su hijo en las redes sociales o en su WhatsApp?* ABC. Recuperado de https://www.abc.es/familia/padres-hijos/abc-hasta-donde-puede-llegar-padre-vigilar-hijo-redes-sociales-o-whatsapp-201512300155_noticia.html

realiza el señor Bermúdez pretende hacer entender que un seguimiento descontrolado de la actividad que realiza el menor, como por ejemplo instalar un programa espía para controlar sus conversaciones, podría ser considerado como una vulneración del derecho a la intimidad del menor, recogido en el art. 4 LO 1/1996.

Todos estos puntos de vista descansan sobre un aspecto fundamental que es el grado de madurez del menor, el cual ostenta una relevancia primordial a la hora de valorar la intervención parental. De esta manera, el Magistrado José Luis Rodríguez Lainz mantiene que, en el momento en que los menores hayan alcanzado ese grado de madurez que le permita ejercer por sí mismo ese derecho *“su capacidad de decisión no podrá ser sustituida ni anulada por sus progenitores o representantes, quienes no podrán más que complementar u orientar la decisión de estos, al abrigo de lo dispuesto en el art. 5 de la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989.”*³⁵

En consonancia con esta idea, es importante no olvidar que en este mismo artículo se indica que *“Es obligación del Estado respetar las responsabilidades y los derechos de los padres y madres, así como de los familiares, de impartir al niño orientación apropiada a la evolución de sus capacidades.”*

Con relación a este punto de vista, lo cierto es que podemos observar que existen una serie de magistrados con voces discordantes, entre los que destaca Emilio Calatayud, según el cual *“Es necesario violar la intimidad de los hijos”*. El magistrado entiende que vivimos en una época en la que no sólo es más difícil ser hijo, sino también ser padre³⁶, todo ello provocado por el auge de internet, las redes sociales, y a la que no beneficia la reforma llevada a cabo por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional. En la mencionada Ley, se abordó la reforma de los artículos

³⁵ RODRÍGUEZ LAINZ, J.L. (2016. Marzo). *Expectativa razonable de privacidad y dimensión familiar del secreto de las comunicaciones*. Editorial jurídica Sepin.

³⁶ SIMÓN, P. (22 de agosto de 2016). *E. Calatayud: "Hay que violar la intimidad de nuestros hijos"*. El Mundo. Recuperado de <http://www.elmundo.es/cultura/2016/08/22/57b72da246163fc8448b4658.html>

154, 172, 180 y 268 del Código Civil, dando respuesta al mismo tiempo “a los requerimientos del Comité de Derechos del Niño, que ha mostrado su preocupación por la posibilidad de que la facultad de corrección moderada que hasta ahora se reconoce a los padres y tutores pueda contravenir el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.”³⁷

De la reforma del art. 154 del CC se pueden destacar dos aspectos importantes; la eliminación del derecho de corregir razonable y moderadamente a hijos y tutelados; y la necesidad de recabar el auxilio de la autoridad en el ejercicio de la patria potestad. Dando lugar, según algunos juristas como D. Ramón Díez³⁸ a situaciones totalmente absurdas.

Para concluir, quisiera añadir que, bajo mi punto de vista, todo titular de la Patria Potestad debe llevar a cabo un control de la actividad del menor en las redes sociales, sobre todo cuando más pequeño y vulnerable es el mismo. Este control no tiene que ser exhaustivo, ya que pueden utilizarse medidas tales como utilizar el ordenador en el salón y siempre bajo la presencia de un adulto. De esta manera, serían medidas plausibles, en dónde los titulares de la Patria Potestad cumplirían con su deber de actuar siempre en interés de menor, y al mismo tiempo, evitarían vulnerar el derecho a la intimidad del menor.

Por otro lado, en lo referente a la reforma llevada a cabo por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, y concretamente del art. 154 CC, coincido plenamente con el Magistrado Calatayud en que no era el momento más idóneo para llevarla a cabo, ya que se desampara, en cierta medida, al titular de la patria potestad a

³⁷ Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007, pp. 2007-22438. Exposición de motivos IV.

Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-22438>

³⁸ Román Díez, R. (18 de noviembre de 2016). *Sobre el derecho de corrección de los padres a los hijos, derecho necesitado de regulación*. Carranza abogados.

la hora de afrontar situaciones difíciles en las que se ven involucrados sus hijos menores de edad.

6.- La intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del menor y las excepciones legales. ¿Cómo juegan éstas en el caso de los menores?

6.1. Las excepciones legales en el ámbito protegido.

La intromisión ilegítima en la esfera jurídica de protección de la imagen del menor resulta de gran importancia a la hora de valorar los conflictos que se pudieran suscitar entre derechos fundamentales, como por ejemplo entre el derecho a la información (art. 20.1.D CE) y el derecho a la propia imagen (art 18.1 CE). Sin duda, es necesario mencionar que en el propio art. 20.4 CE se hace referencia a una serie de derechos que podrían limitar un derecho fundamental como es el derecho a la información “*Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.*”

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha sentado doctrina valorando el conflicto entre el derecho a la información y el derecho a la propia imagen, en la *STC 158/2009, de 29 de junio, de 2009* de la que destacaré aquellos aspectos más importantes:

- La sentencia versa principalmente sobre un recurso de amparo interpuesto por La Opinión de Murcia, S.A., contra la *Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2006*.

- En cuanto a los antecedentes, la demandante del recurso de amparo fue La opinión de Murcia S.A editora del diario “*La opinión de Murcia*” que publicó un reportaje divulgativo sobre las actividades de los niños con deficiencias auditivas, en el cual se incluyó una imagen en la que aparecen los niños de frente bajo el encabezado titulado como “Discapacitados”. Por consiguiente, los padres de uno de los niños formularon demanda por la vía de la LO 1/1982 entendiéndolo que había sido vulnerado el art. 18.1 de CE. Dicha demanda fue parcialmente estimada apreciando la existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, y basándose para ello en los arts. 3.2 LO 1/1982 y art. 4 LO 1/1996.
- Posteriormente, La opinión de Murcia S.A interpuso recurso ante la Audiencia Provincial, y tras la negativa, deciden recurrir en casación ante el Tribunal Supremo, siendo desestimada su pretensión. De esta manera, deciden interponer un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

El TC, tras recordar su doctrina sobre el contenido y alcance del derecho constitucional a la propia imagen, entra a valorar si ha habido una intromisión ilegítima, ya que para que ocurra deben cumplirse una serie de aspectos regulados en los arts. 3 LO 1 /1982 y 4.3 LO 1/1996, según los cuales, debe existir el consentimiento, ya sea por parte del menor cuando se considere que sus características y su madurez lo permitan³⁹, y en caso de no ser así, dicho consentimiento deberá otorgarse por sus representantes legales. Pese a ello la propia ley 1/96 manifiesta que, aún habiendo consentimiento, si la utilización de esa imagen implica un menoscabo de la honra del menor o sea contrario a sus intereses, existirá aún esa intromisión ilegítima.

- Finalmente, el Tribunal deniega el recurso de amparo sosteniendo que “*la publicación de la fotografía no puede ampararse en el evidente interés social del reportaje sobre los discapacitados, ni en la buena fe y veracidad del mismo,*

³⁹ SSTC 105/1990, de 6 de junio y 14/2003, de 28 de enero.

pues ello no justifica la inclusión de una fotografía de dos menores sin el consentimiento de sus representantes legales, siendo además innecesaria la publicación de dicha fotografía para la presentación del asunto abordado en el reportaje, por lo que no es de aplicación la exclusión del art. 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982.”

De la sentencia anteriormente mencionada, podemos deducir diversos aspectos relevantes en lo relativo al consentimiento del menor en la utilización de su imagen, las características de la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen e incluso el carácter prevalente de ese concepto jurídico indeterminado por excelencia que es el interés superior del menor. Además, pese a ser una jurisprudencia sentada recientemente, existen numerosas sentencias que siguen este camino ya trazado por el Tribunal Constitucional y el Supremo (*STS 383/2015 de 30 junio*) y también seguido como es lógico por la jurisprudencia menor (*Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, 263/2016 de 26 mayo*), en el sentido de que si bien el derecho a la propia imagen de todas las personas debe ser respetado, en el caso de los menores dicha protección debe ser superior debido al grado de vulnerabilidad que los mismos representan (*STS 311/2013 de 8 mayo*).

6.2. El derecho a la imagen del menor en los medios de comunicación.

Por lo que respecta a la difusión de la imagen de los menores en los medios de comunicación, es necesario hacer hincapié en que la LO 1/1996, concretamente en la exposición de motivos, establece que *“se prohíbe la difusión de datos o imágenes referidos a menores de edad en los medios de comunicación cuando sea contrario a su interés, incluso cuando conste el consentimiento del menor. Con ello se pretende proteger al menor, que puede ser objeto de manipulación incluso por sus propios representantes legales o grupos en que se mueve. Completa esta modificación la*

legitimación activa al Ministerio Fiscal.” Con esta ley se pretende, entre otras cosas, reforzar los mecanismos de garantía 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,

Llegados a este punto, es interesante mencionar también la Ley 22/1999, de 7 de junio, de Modificación de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al Ordenamiento Jurídico Español 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. En esta Ley, concretamente en su art. 1.5. se estipula que uno de los principales objetivos es *“Defender los intereses legítimos de los usuarios y, en especial, de los menores para preservar su correcto desarrollo físico, mental y moral.”* Por consiguiente, podemos deducir que los medios televisivos deberán cumplir, en todo caso, con las exigencias provenientes de la LO 1/96 y LO 1/82, entre las que se encuentran la defensa del derecho al honor, intimidad y propia imagen.

De esta manera, es posible mencionar también la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal que tiene como finalidad preservar los derechos de los menores (art. 3.2.S). Lo mismo sucede con la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación audiovisual en el que hay un tratamiento similar respecto al menor, pero aún más extenso, especificando todos los derechos del menor que se deben preservar (imagen y voz entre otros) e incluso los horarios de emisión de contenidos que pudieran ser perjudiciales para su desarrollo, los cuales sólo podrán emitirse entre las 22 y las 6 horas, tal y como se indica en el art. 7.2 de la misma Ley.

En consonancia con lo ya mencionado, la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores⁴⁰, 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.”* Por consiguiente, podemos observar claramente esa enorme protección jurídica que ostenta el menor, frente a cualquier tipo de agresión o intromisión.

En idéntica dirección, es interesante destacar que la difusión de información, imágenes u otros aspectos en los medios de comunicación pueden suponer una intromisión ilegítima en la intimidad, honra o reputación del menor, o ser incluso, contraria a los intereses del mismo. Por consiguiente, estas actuaciones determinarán 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.⁴¹ Asimismo, el tercer apartado del art. 4 de la LO 1/96 define aquello que entendemos como ‘intromisión ilegítima’, produciéndose la misma cuando la utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación pueda suponer un daño a su honra o reputación, o sea contraria a sus intereses, independientemente de si ha habido un consentimiento del menor o de sus representantes.

En consonancia con los aspectos que acabamos de tratar y que, ya habíamos mencionado anteriormente, podemos concluir que los medios de comunicación deben en todo momento recabar el consentimiento de los representantes legales del menor o el consentimiento de este último si posee la madurez suficiente para ello. En caso contrario, no será posible mostrar el rostro o mencionar el nombre del menor. Pero, aún

⁴⁰ Instrucción 2/2006 sobre el Fiscal y la Protección del Derecho al Honor, Intimidad y Propia Imagen de los Menores. Págs. 9 y 10.

⁴¹ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 4.2.

habiendo recabado ese consentimiento, es posible provocar una intromisión ilegítima en la esfera de los derechos del menor, razón por la cual se prevé la legitimación directa y autónoma del Fiscal. En estos casos, *“El Fiscal no tiene una posición de subsidiariedad, sino que podrá actuar aun cuando el menor esté representado por sus progenitores, incluso aun contra la voluntad de éstos o del menor.”*⁴² Además, mantiene que el propio fiscal *“puede actuar de oficio o a instancia de parte para proteger los derechos de los menores al honor, la intimidad y la propia imagen en los casos en que la inmisión se produzca a través de un medio de comunicación.”*

Estos motivos son los que provocan que los menores aparezcan en los medios de comunicación con el rostro pixelado. Del mismo modo, no es posible que el padre de un hijo publique fotos de sus hijos y amigos (menores de edad) en las redes sociales, sin el consentimiento de sus representantes legales. En caso de no recabarse este consentimiento es importante que se pixele el rostro del menor o que se le elimine de la foto, ya que podrían generarse responsabilidades derivadas de dicha actuación.

En adición, la instrucción 2/2006 sobre el fiscal, y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores, ya mencionada anteriormente en numerosas ocasiones, indica que no procede la actuación del Ministerio Fiscal cuando se emitan programas o se publiquen fotografías en las que aparezcan menores realizando actividades deportivas, musicales, etc. siempre que la misma no suponga un perjuicio para el menor. Además, añade que *“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 accesorio de la información principal y siempre que tales lugares o actos no presenten aspectos negativos.”*

⁴² Instrucción 2/2006 sobre el Fiscal y la Protección del Derecho al Honor, Intimidad y Propia Imagen de los Menores. Págs. 21 - 24.

Por lo que respecta aquellos menores que poseen cierta notoriedad pública, ya sea por sí mismos o por ser hijos de personajes famosos, no ostentan un grado de protección diferente respecto de cualquier otro menor. Por lo tanto, para la utilización de su imagen, deberán recabar el consentimiento de sus representantes legales, o de sí mismo cuando éste tenga madurez suficiente para ello. Por otro lado, en caso de que el menor sea sometido a un seguimiento continuo por parte de los medios o fotógrafos⁴³, tales acciones podrían provocar una lesión en los derechos del menor, por lo que se podrá requerir la actuación del ministerio fiscal, independientemente de si se cumple o no con lo establecido en la LO 1/96.

Para concluir, quisiera añadir que el derecho a la intimidad y a la propia imagen del menor⁴⁴ (independientemente de si éste tiene cierta notoriedad pública) no impide que se realice una captación de su imagen si ésta se realiza en lugares abiertos al público o durante un acto público, pero para ello será necesario tener siempre presente que dichas actuaciones se llevarán a cabo respetando el interés superior del menor. En este aspecto, entra en juego, una vez más, el ya mencionado, interés superior del menor que analizaré extensamente en el próximo epígrafe.

7. El interés superior del menor como criterio inspirador de cualquier interpretación del marco legal relativo a la protección del derecho a la propia imagen del menor.

7.1 El interés del menor como criterio general de interpretación del marco legal

⁴³ Instrucción 2/2006 sobre el Fiscal y la Protección del Derecho al Honor, Intimidad y Propia Imagen de los Menores. Págs. 38 - 40.

⁴⁴ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 12.

El interés superior del menor lo podemos definir como uno de esos conceptos jurídicos indeterminados por excelencia. Lo cierto es que en nuestro ordenamiento jurídico ha habido una utilización muy dispar del mismo, debido a la gran dificultad que entraña su definición. En un principio, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, en su artículo 2 manifestaba la primacía del interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo, pero sin llegar a definirlo, motivo por el que había un tratamiento desigual en las distintas Sentencias. Posteriormente, con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, se modifica el concepto de ‘interés superior del menor’, incluyendo una definición extensa del mismo, en la que *“Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.”*

Desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1996 habían transcurrido un total de diecinueve años, en los cuales se habían producido una gran cantidad de cambios en la sociedad que incidían sobre la esfera jurídica de los derechos del menor. Estos cambios se constataron a través de numerosos informes como, por ejemplo, los «Centros de Protección de Menores con Trastornos de Conducta y en situación de Dificultad Social»⁴⁵ del año 2009 y el «Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor, revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia del año 2014.»⁴⁶ Por

⁴⁵ El defensor del pueblo (2009). *Centro de protección de menores con trastornos de conducta y en dificultad social*. Recuperado de: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2009-01-Centros-de-proteccion-de-menores-con-trastornos-de-conducta-y-en-situacion-de-dificultad-social.pdf>

⁴⁶ El defensor del pueblo (2014). *Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia*. Recuperado de:

esta razón surge la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* que modifica el art. 2 (entre otros) de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la observación general nº14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño⁴⁷, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Debido a todas estas circunstancias es posible afirmar que una de las principales finalidades de la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, es también alcanzar un consenso y dotar de contenido a ese concepto jurídico indeterminado que conocemos como ‘interés superior del menor’.

Llegados a este punto, debemos aclarar que en la Observación general N.º 14 del Comité de Naciones Unidas (anteriormente mencionada) afirma que el interés superior del niño no es un concepto nuevo, ya que había sido consagrado por primera vez en la Declaración de Ginebra de 1924, convirtiéndose en ese momento en una especie de guía “*que debe presidir todas las actuaciones legales, administrativas y judiciales en las que esté implicado un menor.*”⁴⁸ Posteriormente fue recogido también en la Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959 (ratificada por España en 1990), concretamente en su art. 3.1 donde se hace hincapié en que todas y cada una de las decisiones adoptadas por las instituciones tanto públicas como privadas deberán tener siempre en cuenta ese ‘interés superior del menor’.

Otro de los aspectos que es muy interesante tratar se encuentra en el objetivo que pueda tener ese concepto indeterminado. Este aspecto ha sido analizado en diversas reuniones por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, según el cual “*el objetivo primordial de ese interés superior del menor es garantizar el disfrute pleno y efectivo*

<https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2014-05-Estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-superior-del-menor.pdf>

⁴⁷ Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU (29 de mayo de 2013). *Observación general N.º 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. Pág. 3. Recuperado de http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf

⁴⁸ GIL ANTÓN, ANA MARÍA; *El derecho a la propia imagen...* Óp. Cit. Pág.171

*de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño.*⁴⁹ Entendiendo por “*desarrollo holístico*” ese desarrollo físico, psicológico, mental y social que debe experimentar un menor a lo largo de su transición entre la etapa infantil y la adulta.

Por lo que respecta a la interpretación del interés superior del menor que ha venido realizando el Tribunal Supremo en los últimos años, surgen algunos aspectos dignos de mención, por lo que es interesante verlo a través de un ejemplo, como la sentencia de la Sala Primera del TS del 17 de febrero de 2015. En la misma, el padre del menor había interpuesto demanda para la determinación de la filiación extramatrimonial, guarda y custodia, alimentos y solicitando también ante el juzgado de primera instancia que el menor llevase en primer lugar su apellido y en segundo lugar el de la madre. El juzgado resuelve dándole la razón al padre, lo que da lugar al recurso de apelación de la madre, ya que, ella como representante legal del menor era contraria al cambio del orden de los apellidos de éste. Tras esto, la Audiencia Provincial de Guadalajara sigue los mismos pasos que el Juzgado de primera instancia, por lo que se interpuso un recurso de casación ante el TS por parte de la madre del menor.

El Tribunal Supremo entiende que en términos de estricta legalidad vigente no existe duda respecto de la decisión adoptada por la sentencia recurrida, siendo la misma conforme a derecho en función del art. 109 CC.⁵⁰ Sin embargo, el TS continúa con su argumentación entendiendo que “*no puede ser de interpretación literal de la norma cuando está en cuestión el interés superior del menor.*” Esto quiere decir que la interpretación que debe realizar el Tribunal podrá alejarse de la interpretación literal de

⁴⁹ Convención sobre los Derechos del niño de la ONU (2003) *Observación general N.º 5 sobre las medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Recuperado de: <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>

⁵⁰ El artículo 109 CC obligaba a establecer en primer lugar el apellido paterno, quedando relegado en segunda instancia el apellido materno. Esta circunstancia fue modificada por la *Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos*.

la norma cuando en la misma está en juego un interés superior. Para ello se ampara en numerosas sentencias como la STS del 29 de marzo de 2011, del 1 de abril de 2011 o del 5 de noviembre de 2012.

A continuación, el TS destaca que el interés superior del menor se configura como *“un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural.”* De esta manera, el Tribunal se apoya en la Ley del Registro Civil 20/2011 de 21 de julio que no había entrado en vigor, ya que en su art. 49 establece que en los supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida, ésta determina los apellidos, pudiendo también el progenitor determinar el orden de los apellidos.⁵¹ El tribunal sostiene que aunque la ley no había entrado en vigor, se autoriza una interpretación correctora de la vigente, *“porque en los aspectos sustantivos la vigencia constitucional de los principios que la inspiran sí se encuentran en vigor.”* La disposición final décima incluso indica que *“Hasta la entrada en vigor de la presente Ley, el Ministerio de Justicia adoptará las medidas y los cambios normativos necesarios que afecten a la organización y funcionamiento de los Registros Civiles dentro del proceso de modernización de la Justicia”*.

Finalmente, el TS resuelve que la filiación de la paternidad se produce de forma sobrevenida, ya siendo el menor conocido en su entorno tanto escolar como familiar con el apellido materno. Desde este punto de vista, mantiene que *“debió ponderarse especialmente el interés del menor y su derecho fundamental al nombre como integrante de su personalidad, a la hora de decidir sobre el orden de los apellidos”*,

⁵¹ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011, pp. 2011-12628). Artículo 49.2. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-12628>

dando la razón a la parte recurrente y entendiendo que sí existió esa vulneración del art. 18.1 CE.

En cuanto al contenido del ‘interés superior del menor’, una vez es incorporada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y los criterios de la Observación general n.º 14 del Comité de Naciones Unidas, podemos hablar de un triple contenido⁵²:

1. Un derecho sustantivo: el derecho del menor a que su interés superior sea una consideración primordial y se evalúe conjuntamente con el resto de los intereses. Se pretende, de esta forma, alcanzar una decisión más favorable para el menor. Este derecho se pondrá en práctica cuando se tenga que adoptar una decisión que afecte al mismo.
2. Un principio de carácter interpretativo: en el caso de que una disposición jurídica pueda ser interpretable de varias formas distintas, debemos optar, en todo caso, por aquella que suponga un beneficio para los intereses del menor.
3. Un principio basado en el procedimiento: en el momento en que se deba tomar una decisión que afecte al menor, se debe incluir una valoración relativa a las posibles repercusiones, tanto positivas como negativas, que pudieran generarse de dicha actuación. En todo caso, el interés superior del menor tiene una finalidad principal y es “*asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral.*”⁵³

En todo caso, la determinación del interés superior del menor “*debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que*

⁵² Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU (29 de mayo de 2013). *Observación general N.º 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. Págs. 4 y 5.

⁵³ Exposición de motivos Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015, pp 2015-8222). Exposición de motivos. Disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-8222.

*deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio.*⁵⁴ Por ello, en el art. 2 tanto de la LO 1/96 como de la Ley 8/2015 se especifican los criterios generales para la determinación del interés superior del menor, siendo éstos:

- a. La protección del derecho a la vida y desarrollo del menor, así como la satisfacción de sus necesidades básicas.
- b. La posibilidad de participar en la determinación de su interés superior, atendiendo en todo caso a su edad, madurez y desarrollo personal.
- c. La conveniencia de que la vida y desarrollo del menor se produzca en un entorno familiar, alejado de cualquier tipo de violencia. Además, se priorizará la convivencia con su familia de origen siempre que sea beneficiosa para el menor.
- d. Se deberá poner una gran atención en la preservación de la identidad, cultura, orientación sexual y demás aspectos relativos a la personalidad del menor.

Todos estos criterios deberán ponderarse en función de una serie de elementos generales, como son⁵⁵:

- La edad y madurez del menor.
- La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad.
- El irrecuperable transcurso del tiempo.
- La necesidad de estabilidad del menor para que ello facilite su integración en la sociedad.

⁵⁴ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Exposición de motivos.

⁵⁵ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 2.3.

- La preparación para el tránsito del menor de la vida infantil a la adulta. Evitando que dicho tránsito sea perjudicial, y atendiendo siempre a todas sus capacidades para que sea lo más sencillo posible.

Para concluir, quisiera añadir que en el mismo artículo 2, se hace alusión a la necesidad imperante de respetar todas y cada una de las garantías procesales que acompañan al menor. Dichas garantías son, básicamente, los derechos del menor a ser oído y escuchado, la necesidad de intervención de profesionales a lo largo del procedimiento, la participación de un defensor judicial o del propio ministerio fiscal (si existiera un conflicto de intereses) y la existencia de recursos que permitan corroborar que la decisión adoptada se tomó teniendo en cuenta el interés superior del menor⁵⁶.

7.2. El interés del menor en la interpretación del marco legal específico del derecho a la propia imagen.

Los tribunales apelan constantemente al interés del menor para resolver los conflictos que se suscitan por una intromisión ilegítima en la esfera personal del derecho a la propia imagen del menor. Un ejemplo claro lo podemos encontrar en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo 98/2017, del 15 de febrero. Dicha sentencia abarca no sólo la problemática de la intromisión ilegítima, sino también las particularidades de la guarda de hecho, por lo que será interesante realizar un breve análisis de la misma.

- El conflicto se produce por la publicación de las imágenes de los dos menores en la cuenta personal de ‘Facebook’ de su abuela materna que, además ostenta la guarda de hecho. Esta es la razón por la que la madre (titular de la patria potestad) de los menores interpuso una demanda ante el Juzgado de Primera instancia. Una vez fue desestimada la demanda, la madre de los menores

⁵⁶ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 2.5.

interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Lugo, apoyándose en una supuesta vulneración del art. 4 LO 1/96 y los arts. 154 y 156 CC.

- La Audiencia concluye que la abuela, como titular de la guarda de hecho, posee ciertas potestades y obligaciones, entre ellas, la protección de los menores a su cargo, por lo que el consentimiento tanto de los padres como el de la abuela *“se estiman suficientes para permitir el acceso de las imágenes al perfil de la demandada con la finalidad de que los padres puedan acceder a las fotografías de sus hijos.”* Es por esta razón que el tribunal entiende que no se han infringido los derechos invocados de los menores.
- Por lo que respecta a las imágenes publicadas por la abuela, la Audiencia sostiene que, no habiendo podido acreditar el carácter público de la cuenta, se presume que las imágenes se compartieron en un entorno privado. De esta manera, entiende que no ha habido una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del menor (art. 4 LOPJM) ya que se ha atendido en todo momento a ese interés superior del menor y que, valorada la situación, no ha sido vulnerado en ningún momento.

En contrapartida, es también interesante hacer mención de aquellas situaciones en las que se lleva al extremo ese interés superior del menor, pretendiendo considerar una acción inofensiva como una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del menor. Un ejemplo es la Sentencia del Tribunal Supremo 1236/2017, del 30 de marzo de 2017, en la que se pone de manifiesto la posible vulneración del derecho a la propia imagen de una menor. En los antecedentes, se señala que la hija de la demandante de 16 años de edad aparece en el diario Montañés de Cantabria del día 3 de diciembre de 2013 en una noticia bajo el título de *“Alumnos cántabros empeoran levemente”* en los resultados del informe Pisa en la que se incluía una fotografía de diversos jóvenes en actitud de estudio. La parte demandante se apoyó para ello en una supuesta vulneración

del art. 18.1 CE en relación con el art. 4.3 LOPJM, ya mencionados en numerosas ocasiones.

Atendiendo a todos estos aspectos, el Tribunal Supremo sostiene que no existe vulneración alguna del derecho a la propia imagen del menor, y para ello se apoya en el art. 8.2.C LO 1/82 según el cual *“El derecho a la propia imagen no impedirá: La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio.”*

En la sentencia se hace alusión a esa especial protección de la que goza el menor de edad, pero en el momento en que el tribunal entra a valorar las características del suceso, entre ellas, el tipo de fotografía, la finalidad informativa, la ausencia de nombres y elementos identificativos y la mera accesoriedad de la misma, llega a la conclusión de que no se ha producido esa vulneración del derecho a la propia imagen del menor. De esta manera, el Tribunal Supremo evita que se exceda, en su aplicación, la tutela especial de la que gozan los menores de edad respecto de los derechos que le asisten.

Bajo mi punto de vista, es muy importante no incurrir en extremismos injustificados como el de la sentencia que acabamos de analizar, ya que tanto los medios de comunicación como los menores forman parte de la sociedad. Por tanto, la especial protección que ostenta el menor en nuestro ordenamiento jurídico no debe vaciar de contenido otros derechos fundamentales como la libertad de expresión o la libertad de información. Incluso, en la circular 2/2006 (sobre el fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores) se sostiene que *“deben admitirse supuestos para los que no sean necesarios ni consentimientos ni autorizaciones, cuando la afectación a los derechos sea irrelevante si, de acuerdo con los usos sociales, la emisión de la imagen o ciertos datos del menor puede considerarse totalmente inocua para sus intereses.”*

8. Conclusiones

PRIMERO. Los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor gozan de una especial protección en nuestro ordenamiento jurídico frente a todo tipo de intromisiones ilegítimas. Sin embargo, el Tribunal Constitucional sostiene que dichos derechos podrán ser vulnerados cuando se pueda sospechar o prever que se esté cometiendo algún tipo de acto ilícito. Otorgando esa posibilidad, principalmente a los titulares de la patria potestad, ya que éstos ostentan una función tuitiva respecto de sus hijos.

SEGUNDO. El derecho a la propia imagen del menor se constituye como un derecho propio de la personalidad, definiéndose, según la jurisprudencia constitucional, como un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos. Surge, de esta manera, el consentimiento como elemento fundamental, el cual se sostiene en un concepto jurídico indeterminado como es la capacidad natural. Por tanto, el menor podrá otorgar el consentimiento, siempre que tuviera capacidad natural suficiente y no fuera menor de doce años. En caso contrario, dicho consentimiento deberá ser otorgado por sus representantes legales.

TERCERO. La protección del derecho a la imagen del menor en nuestro ordenamiento jurídico es mucho más extensa, ya que no sólo se requiere la presencia del consentimiento, sino también que el mismo no sea contrario a sus intereses.

CUARTO. La publicación de imágenes del menor en las redes sociales requerirá, en todo momento, el consentimiento de ambos titulares de la Patria Potestad cuando el menor no tuviera capacidad suficiente. No siendo posible la utilización de estas imágenes por uno de ellos sin el consentimiento expreso o tácito del otro.

QUINTO. La utilización de la imagen del menor en los medios de comunicación deberá cumplir con todos los requisitos necesarios para preservar el derecho a la intimidad del

menor. No existiendo, por tanto, diferencias respecto de aquellos menores que posean cierta notoriedad pública.

SEXTO. El legislador otorga al Ministerio Fiscal un gran número de prerrogativas en lo relativo a la protección del menor, obligándolo a intervenir de oficio cuando entienda que ha habido una afección al derecho a la propia imagen del menor e independientemente de si hubiera mediado o no consentimiento. En consecuencia, el Ministerio Fiscal deberá prestar atención a todo tipo de intromisiones ilegítimas a las que está sometido el menor, generándose una carga de trabajo excesiva para el propio Ministerio.

SÉPTIMO. El interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado sobre el que descansa la protección del derecho a la imagen de éste. Para ello, se indica que todos y cada uno de los actos que guarden relación con el menor de edad, deberán adoptarse atendiendo a dicho interés. De esta manera, se pretende garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos que le son reconocidos a los menores de edad.

OCTAVO. Por último, el acceso por parte de los menores a internet y a las redes sociales se produce, cada vez, con más frecuencia, cuando son más pequeños y vulnerables. De esta manera, se encontrarán, no sólo ante un nuevo mundo de posibilidades, sino también ante una gran cantidad de inconvenientes de los que no son todavía conscientes. De hecho, la edad mínima para acceder a las redes sociales en España se encuentra en los catorce años, pero apenas existen mecanismos para evitar que menores de dicha edad puedan acceder. Por ello, sería interesante que, a esos menores de edad, a la hora de crear una cuenta en una red social, se le requirieran datos como el DNI de uno de sus progenitores, permitiendo que los padres pudieran saber que sus hijos pretenden acceder a una red social, y así poder evitar o advertir acerca de su uso.

9. Bibliografía, revistas y páginas webs consultadas.

A. Bibliografía

- BERRECIL, D. y VENEGAS, M.: La custodia compartida en España. Dykinson. Madrid, 2017.
- GARCÍA GARNICA, M.C.: *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado*. Aranzadi. Navarra, 2004.
- GIL ANTÓN, A. M.: El derecho a la propia imagen del menor en internet. Dykinson. Madrid, 2013.
- GITRAMA GONZÁLEZ, M.: Voz “*imagen (derecho a la propia)*.” Nueva enciclopedia jurídica. Tomo XI. Barcelona, 1962. El derecho a la propia imagen hoy, en homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goitysolo.

B. Revistas

- LENHART, A. (2009, 15 de diciembre). Teens and sexting. Pew Research Center. Recuperado de <http://www.pewinternet.org/2009/12/15/teens-and-sexting/>
- RODRÍGUEZ LAINZ, J.L. (2016. Marzo). Expectativa razonable de privacidad y dimensión familiar del secreto de las comunicaciones. Editorial jurídica Sepin.
- Convención sobre los Derechos del niño de la ONU (2003). *Observación general N.º 5 sobre las medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*.
- Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU (29 de mayo de 2013). *Observación general N.º 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*.

C. Páginas web

- BBC MUNDO, (23 de mayo de 2018). *Qué es el sharenting y por qué deberías pensártelo dos veces antes de compartir la vida de tus hijos en redes sociales.* BBC Mundo. Recuperado de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-44210074>
- BIOSCA, P. (13 de febrero de 2018). *¿Cuál es la edad mínima para usar las redes sociales?* ABC. Recuperado de <https://www.abc.es/tecnologia/redes/abci-cual-edad-minima-para-usar-redes-sociales->
- *Instrucción 2/2006 sobre el Fiscal y la Protección del Derecho al Honor, Intimidación y Propia Imagen de los Menores.* Disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/ins02-2006.pdf?idFile=b50465bd-9bff-4e8c-bbec-4e7be3cc70aa
- Pérez Barco, M.J. (3 de junio de 2017). *¿Hasta dónde puede llegar un padre en vigilar a su hijo en las redes sociales o en su WhatsApp?* ABC. Recuperado de https://www.abc.es/familia/padres-hijos/abci-hasta-donde-puede-llegar-padre-vigilar-hijo-redes-sociales-o-whatsapp-201512300155_noticia.html
- Boletín Oficial del Estado; disponible en <https://www.boe.es/>
- Noticias jurídicas; disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/
- Base de datos, Aranzadi Digital; disponible en <http://indexa.bbtck.ull.es/accedys2.bbtck.ull.es/sp/subjects/databases.php?letter=W>