



Universidad de Oviedo

Programa de Doctorado en DERECHO

**LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD  
PERSONAL Y FAMILIAR, A LA PROPIA IMAGEN  
Y A LA PROTECCIÓN DE DATOS DEL MENOR  
EN EL SIGLO XXI**

Tesis doctoral presentada por **RAQUEL PÉREZ DÍAZ**

Dirigida por el doctor **JULIO CARBAJO GONZÁLEZ**

Oviedo, mayo de 2016



## RESUMEN DEL CONTENIDO DE TESIS DOCTORAL

| 1.- Título de la Tesis  |  |
|---|--|
| Español/Otro Idioma:<br>LOS DERECHOS AL HONOR, A LA<br>INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR, A LA<br>PROPIA IMAGEN Y A LA PROTECCIÓN DE<br>DATOS DEL MENOR EN EL SIGLO XXI | Inglés:<br>THE RIGHT TO HONOUR, TO PRIVACY, TO<br>SELF – IMAGE AND THE DATA<br>PROTECTION LAW FOR MINORS IN THE<br>XXI CENTURY |

  

| 2.- Autor  |                    |
|--|--------------------|
| Nombre: RAQUEL PÉREZ DÍAZ                            | DNI/Pasaporte/NIE: |
| Programa de Doctorado: EN DERECHO                    |                    |
| Órgano responsable: CENTRO INTERNACIONAL DE POSTRADO |                    |

### RESUMEN (en español)

El presente trabajo aborda un estudio que recoge la evolución de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen y el derecho de protección de datos del menor hasta el Siglo XXI. Consta de cuatro capítulos, el primero comienza con un análisis de los aspectos más relevantes de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como son el concepto, caracteres, regulación y tutela que nuestro ordenamiento jurídico les otorga. Ahondado principalmente en su concepto jurídico en el CC, en la CE de 1978 y en la LO 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 en el alcance de la protección o tutela que nuestros tribunales deben otorgar a dichos derechos, siendo de inestimable ayuda las sentencias del TC, TS y TEDH. Continúa con la segunda parte, en la que empieza con una exposición de diversos conceptos generales imprescindibles abordar en lo que concierne al menor de edad, como son el concepto, su capacidad jurídica, de obrar y la edad, la protección, el interés superior del menor de edad y las diferencias entre patria potestad y representación legal, pero desde diversos ángulos, la doctrina, normativa y Jurisprudencia del TC y TS. Avanza con un análisis ordenado de la normativa estatal, concretamente el art. 3 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, ciñéndome principalmente al binomio consentimiento del menor con madurez-sin madurez, lo que lleva a cuestiones tales como, el concepto de dicha madurez, ¿quién la determina?, el carácter y alcance del consentimiento, el consentimiento por autorización judicial, las consecuencias de su inexistencia, ¿quién responde cuando se autoriza la intromisión ilegítima en la intimidad e imagen del menor?, la extensión, duración y revocación del consentimiento prestado, así como ¿cuáles son las únicas causas que podrían justificar la intromisión ilegítima en los derechos del menor?. Pero, donde más me he detenido es en el art. 4 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del Menor, que marca el punto de inflexión para la doctrina al objetivar la intromisión ilegítima del menor en los medios de comunicación obviando el anterior binomio y



cuya redacción confusa hace que surjan nuevas cuestiones como son, ¿qué situaciones constituyen intromisión ilegítima en los medios de comunicación?, el papel del MF, la irrelevancia en el consentimiento del menor maduro o de sus representantes legales si la intromisión implica menoscabo de su honra o reputación o es contraria a sus intereses y la indisponibilidad del derecho al honor del menor. Para responderlas, he estudiado, además de nuestra doctrina y jurisprudencia, la Instrucción 2/2006 que analiza exhaustivamente la intervención del MF como figura de salvaguarda del interés superior del menor ante las intromisiones ilegítimas en sus derechos al honor, intimidad e imagen sufridas por los medios de comunicación y la recientísima LO 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia, definiendo la primera el interés superior del menor y la segunda, modificando términos recogidos en nuestro CC para adaptarlos a la normativa internacional y europea. Finalmente, he analizado su colisión con los derechos de información y la libertad de expresión. En segundo lugar he estudiado la legislación de nuestras CCAA, y en tercer lugar he analizado la situación legal del menor en el ámbito internacional. La tercera parte, la más novedosa de este trabajo, analizo los derechos de la personalidad en los que incluyo otro nuevo derecho como es el de la protección de datos del menor pero desde el mundo digital, el cual se han convertido en instrumento de comunicación, transmisión y publicación de datos e informaciones por todo el mundo, comenzando por una exposición del fenómeno de las nuevas tecnologías basadas en la web 2.0; y del concepto de red social y sus clases, para seguir con la evolución del concepto de la intimidad, privacidad, y aparición de otros nuevos como “intimidad informática” y “extimidad” y de la propia imagen en Internet y redes sociales, avanzando en reflejar los principales riesgos que tienen los menores como usuarios que son de estos medios; así, como los nuevos retos que se plantean a los poderes públicos, la industria, los padres, tutores y educadores para mantener la privacidad de los usuarios de dispositivos móviles, Internet y redes Sociales. Además, llevo a cabo un estudio pormenorizado de la normativa existente desde dos cauces, el derecho civil, incluyendo además de la normativa general la responsabilidad de los prestadores de servicios, y otro el derecho penal, en el que se puede apreciar la diversidad de delitos en los que en el mundo de la tecnologías puede intervenir un menor y la responsabilidad penal que puede tener. Por otra parte, he constatado la necesidad de abordar el estudio de un nuevo derecho de la personalidad como es el de la protección de datos pero desde el prisma del menor, tanto en España, como en la Unión Europea y en otros países como EEUU e Inglaterra. Finalmente, he querido concluir deteniéndome intencionadamente en el fenómeno de moda denominado “sexting”, pero en relación a los menores, desgranando su significado y su protección jurídica en España desde diversas disciplinas abarcando el derecho civil, penal y administrativo y comparando su situación legal con otros países de nuestro entorno. El cuarto y último capítulo, pone fin al trabajo con un estudio sobre el ejercicio de las acciones civiles de protección frente a una intromisión ilegítima en los derechos al honor, intimidad, propia imagen y protección de datos del menor, que pretende dar respuesta a cuestiones procesales tales como la adopción de medidas cautelares necesarias para cesar en la intromisión de la que es objeto el menor. El procedimiento judicial aplicable para la tutela de los



derechos al honor, intimidad e imagen, concretamente el juicio ordinario y su carácter preferente, la competencia, la caducidad, la capacidad para ser parte, procesal y la legitimación, la carga de la prueba, la excepción al principio de publicidad procesal cuando es un menor, los pronunciamientos de la sentencia, los recursos frente a ella y su ejecución. El derecho de rectificación de la información y por último, la tutela del derecho a la protección de datos del menor.

### RESUMEN (en Inglés)

This dossier tackles a study which contains the evolution of laws to the honour, those of privacy to the self image as well as the Data Protection for children from the beginning to this century. It's made up of five chapters, the first one is focused on the analysis of the most relevant facts of the right to honour, right to privacy and image rights as the concept, character, regulation or the protection that our legal system gives to them. Exploring relevant issues on the legal concept of the right to honour, to privacy and image rights before de the Spanish Constitution, Spanish Constitution, 1978, and the Organic Law 1/1982, 5<sup>th</sup> May, of Civil protection to the right of honour, to personal and familiar privacy as well as the self image and the importance of protection that our courts must award to those rights, underlining courts' sentences (TC, TS, TEDH). The second one shows different general, relevant and essential concepts which are established by our legal system concerning to the minor, as the capacity, the protection, the maximum interest in the minor and the differences between the custody and the legal representation, but from different angles, the doctrine, the regulations and the jurisprudence of the TC and the TS. It begins by a detailed analysis of the article 3 of the LO 1/1982, 5<sup>th</sup> May, of civil protection of the right of honour, privacy and familiar rights of image emphasizing the binomial of the minor's consent who is mature or not, which make me think about the real concept of maturity, who determinates it?, the character and the type of range of the consent, the consent by judicial authorization, the consequences of its non-existence, who answers when a interference illegitimate in the privacy and the minor's image is authorized? The extension, duration and revocation of the borrowed consent, as well as which are the only causes which could justify the illegal interference in the minor's rights. I have stopped in the inflection point doctrine of the article 4 of de LO 1/1996, 15<sup>th</sup> January, of the Legal Protection of Minors, when objectifying the illegitimate interference of the minor in the media obviating the binomial and which confused composition makes questions as, which situations are illegitimate interference in the media? The role of the MF, the irrelevance in the consent of the minor who is mature or his legal representatives if the interference involves a damage to his honour or if it is the opposite to his interests or the unavailability to the minor's right to honour. To give answers to these questions, I have learnt, apart from our doctrine and jurisprudence, the Instruction 2/2006 which analyses exhaustively the intervention of the MF as a safeguard of the minor's maximum interest trough the illegitimate interference in his right to honour, privacy and image suffered by the media and the LO 8/2015, 22<sup>nd</sup> July and the Law 26/2015, 28<sup>th</sup> July, of modification of the system for protection of children and adolescents, in which the first one is defined the maximum interest of the minor as long as the second one modifies some terms which are in our CC to adapt them to the international and European regulations. Finally, I



have analyzed its collision to the right to information and freedom of expression, the legislation of our CCAA, as well as the foreign law. The fourth chapter is the newest part of this study because I analyze the rights relating to the personality of those who are being studied. I also underline the importance of a new right, the minor's data protection, transmission, publication and information around the world, beginning by an exposition of the new technologies phenomenon which is based on the 2.0 web, the concept of social network and its types, to follow with the evolution of concepts as privacy, privacy on the net and the minor's intimacy and the self image on internet and social networks putting forward the most important risks for minors as users of this media, as well as the new challenges which are suggested by the public authorities, the industry, parents, tutors or teachers to support the users' of mobiles phones internet and social networks privacy. I have also studied regulations in detail from two different parts, civil laws, which include the general regulations of services providers and from the point of criminal law, in which it is appreciated the offence diversity in the technological world by minors and the criminal responsibility that it can carry. On the other hand, I have determined the necessity to tackle the study of a new personal privacy law as the data protection law from minor's point of view in Spain, in the European Union and in other countries of as USA and United Kingdom. Finally, I have finished this chapter focusing intentionally on the new social phenomenon "sexting", but related to minors deepening its meaning and protection in Spain, specifically according to civil and criminal law, as well as the data protection in our legal system or in the foreign ones. The fifth chapter is the last one of this study. It concludes with a study of an exercise of civil actions for the protection of the rights of honour, privacy and rights of image of the minor, which pretend to give answer to important procedural questions such as the proceeding to take the right precautionary measures to stop the interference in which the minor is affected. The judicial proceeding which is applicable for the protection of the right of honour, privacy and the image, especially in the ordinary trial, analyzing its character, the competition, the expiration, the legitimization and the action of the MF, the development of the procedure, the exception to the principle of procedural advertising when it affects to a minor, the relief of the sentence, the appeals and its attachment. The procedure rectifies the information by specific oral proceedings which regulate the Data Protection law.

**SRA. DIRECTORA DE DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO Y DE LA EMPRESA**

## ÍNDICE

---

## ÍNDICE

|                   |   |
|-------------------|---|
| ABREVIATURAS..... | 7 |
| INTRODUCCIÓN..... | 7 |

### CAPÍTULO PRIMERO

#### CUESTIONES INTRODUCTORIAS.

#### EL DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR, Y A LA PROPIA IMAGEN

|  |    |
|--|----|
| 1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN .....  | 21 |
| 1.1. EL DERECHO AL HONOR.....  | 21 |
| 1.2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR .....   | 25 |
| 1.3. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN .....   | 31 |
| 1.3.1. Concepto .....  | 31 |
| 1.3.2. Clases de imagen.....   | 34 |
| 1.3.2.1. Imagen sonora.....  | 34 |
| 1.3.2.2. Imagen visual.....  | 35 |
| 1.3.2.3. Imagen escrita .....  | 36 |
| 2. RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN .....   | 37 |
| 2.1. EN EL CÓDIGO CIVIL.....   | 37 |
| 2.1.1. Como derechos de la personalidad.....   | 37 |
| 2.1.2. Características de los derechos de la personalidad.....   | 38 |
| 2.2. EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.....  | 40 |
| 2.2.1. Como Derechos Fundamentales.....  | 40 |
| 2.2.2. ¿Un único Derecho o tres Derechos autónomos? .....  | 41 |
| 2.2.3. Configuración como Derechos Constitucionales .....  | 43 |
| 2.3. 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 .....        | 44 |
| 2.3.1. Concepto y contenido .....  | 44 |
| 2.3.2. Ámbito de protección.....   | 46 |
| 3. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN .....                                       | 48 |
| 3.1. EL DERECHO AL HONOR.....  | 48 |
| 3.2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR .....   | 51 |
| 3.3. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN .....   | 56 |
| 4. COLISIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN CON LOS DERECHOS A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y EXPRESIÓN..... | 60 |
| 4.1. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA.....  | 60 |



4.2. POSICIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS ..... 63

## CAPÍTULO SEGUNDO

### LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR, Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR

|   |     |
|---|-----|
| 1. EL MENOR COMO TITULAR DE DERECHOS DE LA PERSONA.....   | 65  |
| 1.1 EL MENOR COMO CATEGORÍA JURÍDICA.....   | 65  |
| 1.2. CAPACIDAD JURÍDICA, CAPACIDAD DE OBRAR Y EDAD DEL MENOR.....   | 68  |
| 1.3. LA PROTECCIÓN DEL MENOR CON CARÁCTER GENERAL.....  | 74  |
| 1.4. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR ¿UN PRINCIPIO O UN DERECHO?.....   | 80  |
| 1.5. DIFERENCIAS ENTRE LA PATRIA POTESTAD Y LA REPRESENTACIÓN LEGAL EN EL CÓDIGO CIVIL.....   | 88  |
| 2. LA PROTECCIÓN DE LOS MENCIONADOS DERECHOS DEL MENOR EN EL ÁMBITO ESTATAL.....  | 94  |
| 2.1. CONSIDERACIONES DE CARÁCTER GENERAL.....   | 94  |
| 2.2. EN LA LEY ORGÁNICA 1/1982, DE 5 DE MAYO.....   | 96  |
| 2.2.1. Delimitación del ámbito de protección del menor.....   | 96  |
| 2.2.2. El consentimiento del menor.....   | 97  |
| 2.2.3. Cuando posee condiciones de madurez.....   | 98  |
| 2.2.3.1. Concepto de madurez.....   | 101 |
| 2.2.3.2. ¿Quién determina la madurez del menor?.....  | 106 |
| 2.2.3.3. Carácter y alcance del consentimiento del menor.....   | 108 |
| 2.2.4. Cuando no posee condiciones de madurez.....  | 115 |
| 2.2.4.1 Consentimiento por los representantes legales.....  | 115 |
| 2.2.4.2. Autorización por el Juez.....  | 123 |
| 2.2.5. Inexistencia del consentimiento. Consecuencias.....  | 125 |
| 2.2.6. Responsabilidad para quien autorice una intromisión ilegítima en los derechos del menor ..   | 129 |
| 2.2.7. Extensión, duración y revocación del consentimiento del menor.....   | 131 |
| 2.2.8. Causas que justifica la intromisión ilegítima en la propia imagen del menor.....   | 139 |
| 2.2.8.1. Interés histórico, cultural o científico.....  | 140 |
| 2.2.8.2. Persona pública en lugar público.....  | 142 |
| 2.2.8.3. Accesoriedad.....  | 145 |
| 2.3. EN 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.....   | 147 |
| 2.3.1. Cuestiones preliminares.....   | 147 |
| 2.3.2. Reconocimiento específico de los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor ..   | 150 |
| 2.3.3. Las intromisiones ilegítimas en los derechos del menor producidas en el ámbito de los medios de comunicación.....  | 150 |
| 2.3.4. Intervención del Ministerio Fiscal en los casos de intromisión ilegítima. Especial consideración de la Instrucción 2/2006 sobre el Fiscal y la protección de los Derechos al honor, intimidad y propia imagen..... | 173 |
| 2.3.5. La legitimación del fiscal, de padres o tutores y de los poderes públicos para proteger al menor.....  | 181 |
| 2.4. LA MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA PRODUCIDA POR LA LEY ORGÁNICA 8/2015, DE 22 DE JULIO Y LA LEY 26/2015, DE 28 DE JULIO....  | 185 |
| 2.4.1 Aspectos generales.....   | 185 |
| 2.4.2. Definición del interés superior del menor.....   | 186 |
| 2.4.3. El deber del menor de respetar la intimidad de los demás.....  | 188 |

## ÍNDICE

---

|  |     |
|--|-----|
| 2.5 CONFLICTO DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN DEL MENOR CON LOS DERECHOS A LAS LIBERTADES DE INFORMACIÓN Y EXPRESIÓN ..... | 190 |
| 3. LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN LA NORMATIVA AUTONÓMICA.....   | 194 |
| 4. EL MARCO LEGAL DEL MENOR Y DE SUS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL .....  | 201 |

### CAPÍTULO TERCERO

#### LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN, Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

|   |     |
|---|-----|
| 1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS.....   | 209 |
| 2. EL FENÓMENO DE LAS REDES SOCIALES .....  | 210 |
| 2.1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN.....  | 210 |
| 2.2. CONCEPTO RED SOCIAL ON LINE Y CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN.....  | 214 |
| 2.3. EL USO DE LOS NUEVOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN POR PARTE DEL MENOR.....   | 218 |
| 2.4. EL CAMBIO DEL CONCEPTO DE INTIMIDAD Y PRIVACIDAD EN LOS MENORES NATIVOS DIGITALES .....  | 222 |
| 3. LOS PRINCIPALES RIESGOS PARA EL MENOR DERIVADOS DEL USO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS ...  | 229 |
| 3.1. ESTADO DE LA CUESTIÓN .....  | 229 |
| 3.2. RIESGOS POR EL USO DE DISPOSITIVOS MÓVILES.....  | 230 |
| 3.3. RIESGOS POR EL USO DE INTERNET .....   | 237 |
| 3.4. RIESGOS POR EL USO DE LAS REDES SOCIALES .....   | 243 |
| 4. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD DEL MENOR.....  | 248 |
| 4.1. POR LOS PODERES PÚBLICOS.....  | 248 |
| 4.2. INICIATIVAS DE CARÁCTER AUTORREGULATORIO.....  | 251 |
| 4.3. POR LOS AGENTES DE LA INDUSTRIA.....   | 255 |
| 4.3. POR LOS PADRES O TUTORES Y LOS EDUCADORES.....   | 263 |
| 5. LA PROTECCIÓN JURÍDICA EN ESPAÑA DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD E IMAGEN DEL MENOR EN LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS .....                                      | 266 |
| 5.1. ASPECTOS INTRODUCTORIOS .....  | 266 |
| 5.2. REGULACIÓN CIVIL.....  | 267 |
| 5.2.1. De carácter general. En las Leyes Orgánicas 1/1982 y 1/1996.....   | 267 |
| 5.2.2. De carácter específico. Especial atención a la Ley 34/2002, de 11 de julio de Servicios de la sociedad de la Información y de Comercio electrónico ..... | 274 |
| 5.3. REGULACIÓN PENAL.....  | 280 |
| 5.3.1. En el Código Penal.....  | 280 |
| 5.3.1.1. Exhibicionismo y provocación sexual.....   | 280 |
| 5.3.1.2. Pornografía infantil .....   | 281 |
| 5.3.1.3. Abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años.....  | 288 |
| 5.3.1.4. El acoso sexual.....   | 292 |
| 5.3.1.5. Delitos contra la intimidad .....  | 293 |
| 5.3.1.6. Despenalización de las faltas de injurias leves y vejaciones injustas .....  | 294 |
| 5.3.2. En la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, responsabilidad penal del menor .....   | 295 |
| 6. LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES DEL MENOR.....   | 299 |
| 6.1. REGULACIÓN EN ESPAÑA.....  | 299 |



|  |     |
|--|-----|
| 6.1.2. La protección de datos de carácter personal como derecho fundamental .....  | 299 |
| 6.1.2. Ámbito de aplicación de la protección de los datos personales .....   | 301 |
| 6.1.3. Concepto de dato personal. La imagen del menor .....  | 305 |
| 6.1.4. Conceptos de fichero, tratamiento y cesión de datos. Ámbitos de tratamiento y cesión de datos personales del menor..... | 310 |
| 6.1.5. El deber de informar la recogida y el tratamiento de los datos personales del menor.....                                | 320 |
| 6.1.6. El consentimiento del menor en el tratamiento de sus datos personales.....  | 324 |
| 6.2. REGULACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA.....   | 333 |
| 6.2.1. Documentos específicos sobre el tratamiento de los datos personales del menor en Europa .                               | 333 |
| 6.2.2. Los primeros pasos hacia una regulación.....  | 339 |
| 6.2.3. El marco normativo vigente en materia de protección de los datos personales.....  | 340 |
| 6.2.4. El Reglamento general de protección de datos de la UE 2016/679, de 27 de abril de 2016.....                             | 345 |
| 6.2.5. El consentimiento del menor en el tratamiento de sus datos personales.....  | 348 |
| 6.2.6. Otras medidas dirigidas a la protección del menor. El derecho al olvido .....   | 355 |
| 6.3. REGULACIÓN EN ESTADOS UNIDOS Y REINO UNIDO.....   | 360 |
| 7. EL FENÓMEMO SEXTING.....  | 365 |
| 7.1. ORIGEN DEL CONCEPTO.....  | 365 |
| 7.2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SEXTING .....   | 367 |
| 7.2.1. En el Ámbito del derecho privado. El derecho civil.....   | 368 |
| 7.2.2. En el Ámbito del derecho público.....   | 369 |
| 7.2.2.1. El derecho penal .....  | 369 |
| 7.2.2.2. El derecho administrativo.....  | 373 |

## **CAPÍTULO CUARTO**

### **EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE PROTECCIÓN FRENTE A LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, PROPIA IMAGEN, Y PROTECCIÓN DE DATOS DEL MENOR**

|  |     |
|--|-----|
| 1. CONSIDERACIONES GENERALES .....   | 375 |
| 2. LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES.....  | 376 |
| 3. LA TUTELA JUDICIAL DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN DEL MENOR.....                 | 381 |
| 3.1 EL JUICIO ORDINARIO Y SU CARÁCTER PREFERENTE .....   | 381 |
| 3.2. LA COMPETENCIA TERRITORIAL.....   | 382 |
| 3.3. LA CADUCIDAD DE LAS ACCIONES CIVILES .....  | 385 |
| 3.4. CAPACIDAD PARA SER PARTE, CAPACIDAD PROCESAL y LEGITIMACIÓN .....                                   | 386 |
| 3.4.1. La legitimación activa .....  | 386 |
| 3.4.2. La legitimación pasiva .....  | 389 |
| 3.5. LA CARGA DE LA PRUEBA.....  | 391 |
| 3.6 LA EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD PROCESAL .....   | 392 |
| 3.7. LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA SENTENCIA .....  | 393 |
| 3.8. LOS RECURSOS FRENTE A LA RESOLUCIÓN DE INSTANCIA.....   | 398 |
| 3.9. LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA.....   | 399 |
| 4. EL DERECHO DE RECTIFICACIÓN DE LA INFORMACIÓN .....   | 400 |
| 5. LA TUTELA EN VÍA ADMINISTRATIVA Y EN VÍA JUDICIAL DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DEL MENOR..... | 402 |
| CONCLUSIONES .....   | 409 |

## ÍNDICE

---

|                               |     |
|-------------------------------|-----|
| ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA..... | 438 |
| BIBLIOGRAFÍA .....            | 447 |
| DOCUMENTOS CITADOS .....      | 471 |
| DIRECCIONES DE INTERNET ..... | 474 |



## ABREVIATURAS

|              |  |
|--------------|--|
| AAMN         | Anales de la Academia Matritense del Notariado             |
| AAP          | Auto de la Audiencia Provincial                            |
| ARC          | Aranzadi Civil   |
| AC           | Actualidad Civil   |
| ADC          | Anuario del Derecho Civil                                  |
| AEPD         | Agencia Española de Protección de Datos                    |
| AJ           | Actualidad Jurídica  |
| AJA          | Actualidad Jurídica Aranzadi                               |
| AP           | Audiencia Provincial                                       |
| AP           | Actualidad Penal   |
| Ap. (aps)    | Apartado (-s)  |
| AT           | Audiencia Territorial                                      |
| ARCO         | Derechos de Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición |
| Art. (arts.) | Artículo (-s)  |
| ATC          | Auto del Tribunal Constitucional                           |
| ATS          | Auto del Tribunal Supremo                                  |
| BIMJ         | Boletín Informativo del Ministerio de Justicia             |
| BJC          | Boletín de Jurisprudencia Constitucional                   |
| BOCG         | Boletín Oficial de las Cortes Generales                    |
| BOE          | Boletín Oficial del Estado                                 |
| CCo          | Código de Comercio   |
| CC           | Código Civil   |
| CCJC         | Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil                  |
| CCAA         | Comunidades Autónomas                                      |

|                  |  |
|------------------|--|
| CE               | Constitución Española  |
| CEDH             | Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos y Libertades |
| CEPD             | Consejo Europeo de Protección de Datos                               |
| CDN              | Convención sobre los Derechos del Niño                               |
| CFC              | Código de Familia de Cataluña  |
| Cfr.             | Confrontar   |
| CGPJ             | Consejo General del Poder Judicial                                   |
| Col. Leg.        | Colección Legislativa  |
| Coord. (Coords.) | Coordinador  |
| COPPA            | Children's Online Privacy Protection Act (1988)                      |
| CP               | Código Penal   |
| DOUE             | Diario Oficial de la Unión Europea                                   |
| DGRN             | Dirección General de Registros y del Notariado                       |
| Dir. (Dir.)      | Director (-es)   |
| DRAE             | Diccionario de la Real Academia Española                             |
| DSS              | Diario de Sesiones del Senado  |
| Edic.            | Edición  |
| Ed. (Eds.)       | Editor (-es)   |
| EOF              | Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal                              |
| Fasc.            | Fascículo  |
| FJ               | Fundamento jurídico  |
| FEDMA            | Federación Europea de Marketing Directo e Interactivo                |
| FTC              | Federal Trade Comisión   |
| FGE              | Fiscalía General Del Estado  |
| GdT29            | Grupo de Trabajo del Artículo 29                                     |
| Ibidem           | En el mismo lugar  |
| Ídem             | En la misma página   |
| IWGDPT           | International Working Group on Data Protection in Telecommunications |

## ABREVIATURAS

---

|         |  |
|---------|--|
| ICO     | Information Commissioner's office  |
| INTECO  | Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación   |
| ISP     | Prestadores de Servicios Intermediarios  |
| JPI     | Juzgado de Primera instancia   |
| LEC     | Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil   |
| LEOMF   | Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal                                     |
| LIBE    | Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo  |
| LMSPIA  | Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia                             |
| LJCA    | Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa  |
| LJV     | Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria  |
| LODR    | Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, del Derecho de Rectificación  |
| LOMSPIA | Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia                     |
| LOPD    | Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal  |
| LOPDH   | 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 |
| LOPJM   | Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica de los Menores   |
| LORPM   | Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores   |
| LOTCC   | Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional  |

|          |   |
|----------|---|
| LSSI     | Ley 34/2002, de 12 de enero, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico                                    |
| MF       | Ministerio Fiscal   |
| nº.      | Número  |
| Ob. cit. | Obra citada   |
| OSI      | Oficina de Seguridad del Internauta   |
| P. (pp.) | Página (s)  |
| Párr.    | Párrafo   |
| PPV      | Promociones Publicaciones Universitarias  |
| PSSI     | Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información   |
| RAE      | Real Academia Española  |
| RD       | Real Decreto  |
| R. (Res) | Resolución (es)   |
| RDF      | Revista de Derecho de Familia   |
| RDM      | Revista de Derecho Mercantil  |
| RDN      | Revista de Derecho Notarial   |
| RDP      | Revista de Derecho Privado  |
| RGL      | Revista General de la Legislación   |
| RGPD     | Reglamento general de protección de datos de la UE 2016/679, de 27 de abril de 2016   |
| RLOPD    | Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica de protección de datos |
| RTC      | Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional   |
| Ref.     | Referencia  |
| RGD      | Revista General de Derecho  |
| RJA      | Repertorio de Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Aranzadi   |
| RJC      | Revista Jurídica de Cataluña  |
| RJNot.   | Revista Jurídica del Notariado  |
| RPJ      | Revista del Poder Judicial  |



## ABREVIATURAS

---

|        |  |
|--------|--|
| RTC    | Revista del Tribunal Constitucional                            |
| SAP    | Sentencia de la Audiencia Provincial                           |
| SIRCAM | Foro Anual de la Sociedad de la Información en Murcia          |
| S.     | Siglo  |
| ss.    | Siguientes   |
| SNSS   | Redes sociales en línea o Sitios de redes sociales             |
| SRS    | Servicios de redes sociales                                    |
| STC    | Sentencia del Tribunal Constitucional                          |
| STEDH  | Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos             |
| STS    | Sentencia del Tribunal Supremo                                 |
| STJCE  | Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas |
| STSJ   | Sentencia del Tribunal Superior de Justicia                    |
| SRS    | Plataformas de comunicación en-línea o Redes Sociales online   |
| T.     | Tomo   |
| TC     | Tribunal Constitucional  |
| TFUE   | Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2009)           |
| TCE    | Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas               |
| TEDH   | Tribunal Europeo de Derechos Humanos                           |
| TJCE   | Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas               |
| TIC    | Tecnologías de la Información y Comunicación                   |
| TS     | Tribunal Supremo   |
| TSJ    | Tribunal Superior de Justicia                                  |
| UE     | Unión Europea  |
| UNIR   | Universidad Internacional de Rioja                             |
| v. gr. | Verbi gratia   |
| Vid.   | Véase  |
| Vol.   | Volumen  |
| VVAA   | Varios Autores   |



# INTRODUCCIÓN

La presente tesis doctoral surge como continuación y ampliación del que fue mi trabajo de investigación para culminar los cursos de doctorado que realicé en la Universidad de Oviedo y que llevaba por título *Una aproximación a la configuración legal del derecho a la propia imagen del menor*. Ese primer estudio a los derechos de la personalidad y concretamente al derecho a la imagen del menor me hizo ver que la materia que pretendía tratar podía abarcar supuestos mucho más amplios que afectaban a otros derechos y, sobre todo, que había sufrido una evolución exponencial en su tratamiento y en la forma de desarrollo en los últimos años consecuencia del avance de las nuevas tecnologías y la repercusión que éstas iban adquiriendo cada vez con más fuerza en la vida como principal medio de comunicación entre los menores con los adultos y los menores entre sí. De ahí, que cuando me planteé cual iba a ser la línea de investigación de mi tesis, decidí dar un paso adelante y abordar además del anterior derecho, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la protección de datos del menor en las tecnologías de la comunicación de la información y comunicación analizando pormenorizadamente la problemática que florece como consecuencia de su participación por el menor.

De esta manera, he organizado este trabajo en cuatro capítulos, el primero de carácter introductorio y general, que comienza con un estudio del concepto de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen desde la óptica, doctrinal, jurídica y jurisprudencial, así como sus relaciones con otros derechos constitucionales, concretamente con los derechos a la libertad de información y expresión, siendo de inestimable ayuda las Sentencias del TC, TS y TEDH.

Y todo ello, con el objetivo de avanzar hacia al segundo capítulo y adentrarme en una exposición completa y ordenada de la protección del menor en relación con los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Para ello, se empieza con el análisis y desarrollo de la figura del menor mediante nociones generales pero imprescindibles abordar en la presente investigación como son determinar la categoría del menor, la capacidad jurídica, capacidad de obrar y edad del menor, su protección jurídica con carácter general, el interés superior del menor y las diferencias existente en nuestro Código Civil entre patria potestad y representación legal. Se avanza con un estudio de la legislación desde el ámbito estatal, abordando en primer lugar un análisis detallado del art. 3 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, pero centrándome principalmente al binomio del consentimiento cuando el menor posee madurez o no la posee, lo que nos lleva en el primer caso a cuestiones tales como determinar, ¿qué es la madurez?, ¿quién la determina?, ¿cuál es el carácter y alcance del consentimiento del menor?, y en el segundo a otras como el otorgamiento del consentimiento por sus representantes legales o el juez, las consecuencias de la inexistencia del consentimiento, responsabilidad en caso de una autorización a la intromisión ilegítima en la intimidad e imagen del menor, extensión, duración y revocación del consentimiento prestado y las causas que justifican la intromisión ilegítima en el derecho a la imagen del menor. A todas ellas, se pretende dar respuesta en el presente trabajo. En segundo lugar, el art. 4 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del Menor, marca el punto de inflexión al objetivar la intromisión ilegítima en los derechos al honor, intimidad e imagen del menor por los medios de comunicación cuando se produce menoscabo en su honra o reputación o cuando sea contraria a sus intereses obviando con ello el binomio anterior. Su redacción confusa hace que se reabran y surjan a la vez cuestiones ya resueltas como es el reconocimiento específico del derecho al honor, intimidad e imagen del menor, y otras nuevas como la definición de intromisión ilegítima de esos derechos del menor en los medios de comunicación, el papel del Ministerio Fiscal en los casos de intromisión ilegítima y la legitimación activa para proteger al menor. Las cuales he

## INTRODUCCIÓN

---

analizado pormenorizadamente y para ello he tenido en cuenta por su especial consideración la Instrucción 2/2006, que detalla exhaustivamente la intervención del MF como figura de salvaguarda del interés superior del menor ante las intromisiones ilegítimas en sus derechos al honor, intimidad e imagen causadas por los medios de comunicación. Además, las recientísimas LO 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia, introducen y reforman preceptos de la LOPJM, tales como el art. 2 con el que se define por primera vez el interés superior del menor, el art. 9 que desarrolla de forma más detallada, el derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado o los art. 9 bis, ter, quáter, quinquies, en los que se introducen como novedad los deberes de los menores de edad, entre los cuales se encuentra el deber del menor de respetar la intimidad de otras personas incluida entre ellas la familia. Y al igual que en el capítulo anterior, he puesto de relieve el conflicto que se puede dar entre los citados derechos de la personalidad con los derechos de información y libertad de expresión, donde la protección al menor prima por encima de todo. Asimismo, he querido completar el estudio pero ya desde el ámbito autonómico, abordando la legislación actual de tales derechos en nuestras Comunidades Autónomas en las que la mayoría de ellas reiteran lo ya regulado en el art. 4 de nuestra legislación nacional. Para finalmente, concluir con la situación legal del menor en el ámbito internacional.

En el tercer capítulo, se pretende hacer un análisis riguroso de la protección de los derechos al honor, intimidad, imagen y tratamiento de datos del menor pero desde el prisma de las tecnologías de la información y la comunicación, las cuales se han convertido en instrumento de comunicación, transmisión y publicación de datos e informaciones por todo el mundo consecuencia del surgimiento y desarrollo de las mismas en el ámbito de la vida y relaciones de los menores como usuarios de éstas en su entorno, cuya utilización puede suponer una lesión, vulneración o intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad del menor incluido el reciente derecho fundamental de la protección de datos. Para ello, se parte de una exposición del fenómeno de las redes sociales, su origen y evolución; del concepto de red social on

line y sus criterios de clasificación. Continuando con el uso de los nuevos medios por parte del menor, con el cambio del concepto de intimidad y privacidad en los menores nativos digitales y la aparición de nuevos conceptos tales como “intimidad informática” “identidad digital” y “extimidad” del menor. Todo ello deriva en grandes riesgos para el menor por el uso de los dispositivos móviles, Internet y Redes sociales y la necesidad de establecer mecanismos que garanticen una protección de sus derechos de la personalidad, pretendiendo obtener un uso seguro para lo cual deben intervenir conjuntamente los poderes públicos, la industria, los padres o tutores y los educadores. Además, se completa con un estudio pormenorizado de la normativa existente desde dos cauces, el derecho civil, incluyendo además de la normativa general la específica de los servicios de la sociedad de la Información y de Comercio electrónico; y el derecho penal, en el que se puede apreciar la diversidad de delitos en los que en el mundo de la tecnologías pueden afectar a un menor y las medidas aplicables cuando es infractor penal. Por otra parte, y consecuencia del uso de la informática, he constatado la necesidad de abordar en este capítulo el estudio de un nuevo derecho de la personalidad como es el la protección de datos del menor en España, en la Unión Europea y en otros países tales como Estados Unidos e Inglaterra, toda vez que la utilización de estas nuevas tecnologías conlleva que se traten y cedan sus datos desde muy temprana edad, generando problemas debido principalmente a la falta de plena capacidad y ser un colectivo que se encuentra en formación, por lo que precisa una especial protección. Y finalmente, he querido concluir deteniéndome intencionadamente en el fenómeno de moda denominado “sexting” en los menores de edad, desgranando su significado y su protección jurídica pero desde diversos ámbitos privado (civil) y público (penal y administrativo).

El cuarto y último capítulo, pone fin al trabajo con un estudio sobre el ejercicio de las acciones de protección frente a la intromisión ilegítima en los derechos al honor, intimidad, propia imagen y protección de datos del menor. En relación a los tres primeros, se pretende dar respuesta a cuestiones procesales controvertidas tan importantes como son conocer las medidas cautelares que se pueden adoptar para

## INTRODUCCIÓN

---

cesar en la intromisión ilegítima de la que es objeto el menor; el procedimiento judicial aplicable para solicitar tal protección (juicio ordinario y su carácter preferente); la competencia, el plazo, la capacidad del menor para ejercitar los derechos o el alcance de la representación legal y la legitimación; la carga de la prueba; la excepción a la publicidad procesal, los pronunciamientos del fallo de la sentencia, los recursos frente a la resolución de instancia y su ejecución con la consideración del art. 525.3 LEC como una traba al resarcimiento por el daño moral ocasionado. Por otra parte, se estudia los cauces que permiten rectificar información incorrecta que se puede dar sobre cualquier ciudadano incluido un menor. Y se termina con un breve pero novedoso análisis de la tutela de los derechos ARCO que puede ejercitar el menor mediante su representante legal en vía administrativa y en vía judicial (contencioso-administrativa o civil) con el fin de obtener protección para el caso de que se traten sus datos sin su consentimiento.

Por lo que antecede, la primera parte, corresponde al primer capítulo. Y supone un repaso de los aspectos relacionados con la naturaleza de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen Los cuales han sido ampliamente estudiados por la doctrina clásica y la jurisprudencia pero que es necesario abordar para ofrecer una visión global de la evolución conceptual desde sus orígenes hasta la actualidad consecuencia de las tecnologías de la información y comunicación.

Sin embargo, la segunda parte más especial, se compone del resto de los capítulos que ocupan el presente trabajo, de manera que en el segundo, se lleva a cabo una investigación profunda de la protección jurídica del menor en relación con los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, desde diversos ámbitos, estatal, autonómico e internacional. Pero ahondando sobre todo en las divergencias existentes en el art. 3 de la LO 1/1982 y el art. 4 de la LO 1/1996 que nos permitan determinar la existencia o no de una intromisión ilegítima en los citados derechos del menor. En el tercer capítulo, a diferencia del anterior, aún no hay un sólido tratamiento doctrinal y jurisprudencial sobre los derechos de la personalidad del menor en las nuevas



tecnologías. Que incluso deviene imposible ante su evolución constante, lo que conlleva la llegada cada vez más de nuevas formas de vulneración, lesión e intromisión ilegítima en los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de datos del menor. Los nuevos medios de comunicación han convertido a este colectivo en protagonistas dinámicos de los dispositivos móviles, internet y redes sociales, dando lugar a una evolución conceptual. Y, todo ello, sin ser conscientes los propios menores de las continuas vulneraciones que sufren en sus derechos de la personalidad, lo que hace más necesario, aún si cabe, instrumentar una protección adecuada frente a las intromisiones ilegítimas. Como consecuencia de ello, los menores son “nativos digitales”, lo cual evidencia que hayan surgido supuestos de hecho respecto a éstos inimaginables hace algunos años y que evidentemente he querido que sean susceptibles de un análisis lo más pormenorizado posible al momento actual. Pero, ya sin descartar y anunciar, que posiblemente dentro de poco tiempo, quizá dos años dada la rapidez de la era informática, el presente trabajo podría estar obsoleto o por lo menos debería ser completado respecto al surgimiento de nuevas formas de comunicación tecnológicas, desconocidas o incipientes a día de hoy.

Por otra parte, no hace falta más que leer la prensa de éstos últimos años para darnos cuenta que cada vez nos encontramos con casos más llamativos en los que las nuevas tecnologías han sido el instrumento que ha afectado a los derechos de la personalidad del menor, y a su vez, comprobar que en los mismos se encontraban involucrados menores de edad, bien desde un punto de vista de ser ellos los “intrusos” o los “afectados”, generándose un intenso debate en torno a su vida privada y su seguridad en las redes sociales. Es a raíz del asesinato en Sevilla de la joven Marta del Castillo, cuando ese debate ha sido más intenso, pues ha servido para dar a conocer a gran parte de la sociedad los riesgos y peligros que pueden acechar a los menores de edad en estos espacios si no se aseguran un mínimo de protección o seguridad. El rastro digital de la joven asesinada en la red social española Tuenti nos ha permitido conocer, a través del uso que hicieron los medios de comunicación, numerosas

## INTRODUCCIÓN

---

informaciones personales que existían en Internet (fotografías de la víctima, de su círculo de amistades e incluso con sus presuntos asesinos). Todo ello, ha puesto de relieve que el marco jurídico actual para la protección de los menores es muy amplio pero ha demostrado ser insuficiente o cuando menos, poco eficaz, lo que evidencia la necesidad de reflexionar sobre la necesidad de adecuarlo a la situación actual.

Cabe preguntarse ¿qué mecanismos ofrecen los poderes públicos, la industria, los padres o tutores y los educadores para proteger los derechos de la personalidad de este colectivo por el uso de estos nuevos medios de comunicación en un espacio donde los intereses económicos guían las actuaciones de los diferentes agentes implicados? Como abogada en ejercicio especializada en Derecho de Menores, he sido testigo en primera línea de la falta de tutela judicial consecuencia de la inexistencia de un marco legal adecuado de los nuevos fenómenos surgidos a raíz del mundo virtual como por ejemplo el sexting. Y pese a su actual regulación penal, aún considero que es insuficiente, con lo cual es necesario explorar y desarrollar otras vías como la autorregulación mediante Códigos de Conducta en cuya elaboración se hace precisa, incluso, la participación de los menores.

En cuanto al último capítulo, el ejercicio de las intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, intimidad, imagen y protección de datos del menor, completa el presente trabajo, y se trata de un examen práctico a los efectos de poder determinar el enfoque jurídico más adecuado a cada una de las situaciones de hecho que se puedan plantear, de tal manera que la decisión de optar por una u otra vía se realice en función de obtener una protección más efectiva del menor. Ahora bien, no cabe duda que con la revolución tecnológica actual, para ello será necesario dotar de más medios a la justicia con el fin de poder perseguir los ataques sufridos los menores en sus derechos de la personalidad.

Finalmente, si bien es cierto que la investigación y el esfuerzo que he realizado para acometer esta empresa han sido muy importantes, no han sido menos las satisfacciones que su elaboración ya me ha proporcionado en mi actividad profesional.

Por ello, confío en que con el presente trabajo contribuya a dar respuesta a los problemas jurídicos que el uso de las nuevas tecnologías está suscitando en los menores de edad. Pues mi objetivo, ha sido pretender hacer un estudio completo y práctico sobre los derechos al honor, intimidad personal y familiar, propia imagen y protección de datos del menor que permita ofrecer una visión global desde sus orígenes hasta el siglo XXI. Y que además, sirva dentro de lo posible en guía práctica para cualquier profesional del derecho que deba o quiera acercarse a la problemática que el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación plantean en la protección de los citados derechos al menor.

*CAPÍTULO PRIMERO*  
*CUESTIONES INTRODUCTORIAS*  
*LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y*  
*FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN*

**SUMARIO:** 1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN. 1.1 EL DERECHO AL HONOR 1.2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR. 1.3. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN. 1.3.1. Concepto. 1.3.2. Clases de imagen. 1.3.2.1. Imagen sonora. 1.3.2.2. Imagen visual. 1.3.2.3. Imagen escrita. 2. RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN. 2.1. EN EL CÓDIGO CIVIL. 2.1.1. Como derechos de la personalidad. 2.1.2. Características de los derechos de la personalidad. 2.2. EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978. 2.2.1. Como Derechos Fundamentales. 2.2.2 ¿Un único Derecho o tres Derechos autónomos? 2.2.3. Configuración como Derechos Constitucionales. 2.3. 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. 2.3.1. Concepto y contenido. 2.3.2. Ámbito de protección. 3. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN. 3.1. EL DERECHO AL HONOR. 3.2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR. 3.3. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN. 4. COLISIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN CON LOS DERECHOS A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y EXPRESIÓN. 4.1. POSICIÓN DE NUESTRA JURISPRUDENCIA. 4.2. POSICIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

## **1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN**

### **1.1. EL DERECHO AL HONOR**

El honor, pese a tener una antigua tradición<sup>1</sup>, presenta una gran dificultad a la hora de concretar su concepto jurídico, posiblemente se deba al hecho de ser un

---

<sup>1</sup> Si bien el concepto de honor viene del griego *ainos*, que significa alabanza, halago, y posee una fuerte implicación social, no es hasta el derecho romano cuando el desprecio público de la persona ajena se planteó

concepto “prejurídico”<sup>2</sup>, circunstancial, relativo, estar influido por las circunstancias tanto personales como ambientales en las que se desenvuelve<sup>3</sup>, variar a lo largo del tiempo en función de las ideas que imperan en una sociedad en cada momento y a la vez, ser único y múltiple<sup>4</sup>, poniéndose así de manifiesto la amplitud de su contenido y por consiguiente, su complejidad. De este modo, se habla de honor individual, familiar, profesional, civil, político, etc. Sin embargo, no significa que cada persona tenga un honor distinto en función del ámbito en que desarrolla su actividad, sino que, el concepto jurídico de honor ha de ser único para todo tipo de personas, siendo el honor político, civil, individual, etc. facetas o manifestaciones de un único honor como bien menciona ESTRADA ALONSO<sup>5</sup>. Por su parte, nuestro Diccionario de la Real Academia Española (23<sup>a</sup>. edición, publicado octubre de 2014), (DRAE) define el honor como “*Cualidad moral que lleva al cumplimiento de los propios deberes respecto del prójimo y de uno mismo*”, o en segunda acepción, “*gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas de quien se la granjea*”.

---

como algo susceptible de cierta valoración judicial mediante la *actio iniuriarum* (acción contra las injurias). La Lex Cornelia de iniuriis excluía las injurias indeterminadas. BONILLA SÁNCHEZ, J. J., *Personas y derechos de la personalidad*, Reus, Madrid, 2010, p. 76. Asimismo, con posterioridad y hasta la edad moderna el honor tenía su raíz en la idea de patrimonialidad o pertenencia a la persona, era parejo con el prestigio personal y social, de manera que la aristocracia incluía dentro de sus propiedades la del honor, pese a que las prostitutas estaban desposeídas de él. El honor tenía una implicación eminentemente privada y sus disputas se resolvían en base al “*Código del honor*”, RIPOLLÉS SERRANO, M. R., y E., “Derecho al honor e intimidad y derecho de información”, *Revista de las Cortes Generales*, nº 16, 1989, p. 190. En la actualidad, se comienza a distinguir entre honor y honra. El primero, es la buena fama o reputación que una persona merece al conjunto social, en cambio la segunda, es algo subjetivo relativo a las virtudes que el hombre posee. Sin embargo, DE CASTRO diferencia entre fama y honor. DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1970, p. 18.

<sup>2</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M., *Protección del honor y de la intimidad, Comentarios a la legislación Penal (Derecho Penal y Constitucional)*, T. I, Madrid, 1982, p. 124. En el mismo sentido, se manifiesta BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *El derecho fundamental al honor*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 42. Por su parte, MENÉNDEZ ALZAMORA, M., va más allá al considerar que el honor es un concepto meta jurídico. Vid. “El derecho al honor del artículo 18 de la Constitución española de 1978”, *Revista General de Derecho*, 1987, p. 4882.

<sup>3</sup> HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F., *Honor, intimidad y propia imagen*, 2<sup>a</sup> ed. Colex, Madrid, 1994, p. 72. También GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *El derecho Penal como límite al ejercicio de las libertades y derechos fundamentales. Protección penal del honor y la intimidad*, Estudios Penales, Barcelona, 1984, p. 394.

<sup>4</sup> Por todos, vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., “Los derechos de la personalidad”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1952, p. 49.

<sup>5</sup> ESTRADA ALONSO, E., *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo*, Civitas, Madrid, 1989, p. 24.

## **CAPÍTULO PRIMERO: CUESTIONES INTRODUCTORIAS. LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN**

---

La dificultad que hay para elaborar un concepto de honor, es lo que permite explicar las controversias existentes en la doctrina, distinguiéndose diversas concepciones sobre el mismo, que principalmente pueden resumirse en tres. Por una parte, está la concepción fáctica predominante en la década de los años 80 del siglo XX, que distinguía una vertiente objetiva de honor que sería el resultado de la valoración que los demás hacen de uno mismo y una vertiente subjetiva que consistiría en la valoración que cada sujeto hace de sus propias cualidades<sup>6</sup>, a favor NOVOA MONREAL<sup>7</sup> o DE CUPIS<sup>8</sup>. Tesis criticada al dejar por un lado el derecho al honor al arbitrio de cada individuo y por otro, la valoración o estima social que se tenga de un persona puede ser inmerecidamente buena o mala con el riesgo de que llegue a desaparecer el honor cuando la consideración social de la misma fuera extremadamente negativa por sus acciones, como por ejemplo los violadores o asesinos o cuando por ausencia de capacidad natural del sujeto fuese incapaz de tener conciencia de su propia dignidad, lo cual sería contrario a la dignidad de la persona del art. 10 Constitución Española (CE) y al derecho de igualdad del art. 14 CE.

Como consecuencia de las críticas recibidas la anterior tesis, florece la concepción normativista y considera que el derecho al honor es sinónimo de dignidad y el derecho a ser respetado por los demás<sup>9</sup>. Ha sido seguida sobre todo por

---

<sup>6</sup> Esta distinción, entre sentido objetivo y subjetivo de honor, procede de FRANK, R., *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, Tübingen, 1926, citado por MENÉNDEZ ALZAMORA, ob. cit., p. 4864. Defendida por BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., "Revisión del contenido del bien jurídico honor", *ADPCP*, 1984, p. 305, COSSÍO, M., *Derecho al honor. Técnicas de Protección y límite*, Valencia, 1993, pp. 45-46, SALVADOR CODERCH, P., *El mercado de las ideas*, Madrid, 1990, pp. 56 y ss., ROGEL VIDE, C., "Derechos de la personalidad, derechos fundamentales libertades públicas", *Revista de Estudios políticos*, 1987, p. 157, MONTÓN GARCÍA, M. L., "Derecho al honor, intimidad, y propia imagen, protección civil y su conflicto con la libertad de información y expresión", *La ley* 1995-1, p. 875 y CARRILLO, M., "Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor", *Derecho Privado y Constitución*, 1996, nº 10, p. 98.

<sup>7</sup> NOVOA MONREAL, E., *Derecho a la vida privada y libertad de información*, S.XXI, Madrid, 1989, p. 74.

<sup>8</sup> Teniendo en cuenta ambas acepciones, DE CUPIS, A., *Il diritti della personalità, en Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, vol. IV, Milán, 1982, p. 251. En el mismo sentido, vid. LIGUORI, G., *Difamaciones a mezzo stampa*, Bolonia, 1974, p. 13. En relación con este tema citar a MUSCO E., *Bene giuridico e tutela dell' onore*, Milán, 1974, p. 4.

<sup>9</sup> LOPEZ DÍAZ, E., *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*, Dykinson, Madrid, y 1996, p. 51, VIDAL MARÍN, T., *El derecho al honor y su protección desde la Constitución Española*, Centro de Estudios políticos y Constitucionales. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, p. 50.

RODRÍGUEZ DEVESA<sup>10</sup> y ESTRADA ALONSO<sup>11</sup>. En ese sentido, REBOLLO DELGADO<sup>12</sup> considera que el derecho al honor se configura como “La pretensión de respeto que corresponde a cada persona como consecuencia del reconocimiento de su dignidad”, lo que significa que se concede a toda persona el derecho al honor por el hecho de serlo<sup>13</sup>. Pero esta concepción, también fue criticada ya que la dignidad es un concepto altamente abstracto<sup>14</sup> que aunque esté vinculada al honor son conceptos diferentes<sup>15</sup> y, además, objetiviza el concepto de honor estableciendo una protección igualitaria de toda persona, a costa de obviar 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 más concretamente su art. 2.1, en la que el grado de protección del honor que cada individuo merece no es igual, viniendo determinado por la ley, los usos sociales y por los actos propios de cada individuo.

Por último, se manifiesta la concepción mixta o fáctica-normativa, desarrollada fundamentalmente por la doctrina alemana (Hirsch, Lenckner, Rudolphi, Otto, etc.)<sup>16</sup> acogida en nuestro país sobre todo por ALONSO ÁLAMO<sup>17</sup> (Hirsch) y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE<sup>18</sup> (Otto), la cual combina los postulados de las otras dos<sup>19</sup> de tal

---

<sup>10</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, M., *Derecho penal Español. Parte Especial*, Madrid, 1994, pp. 229 y ss.

<sup>11</sup> ESTRADA ALONSO, ob. cit., p. 32.

<sup>12</sup> REBOLLO DELGADO, L., “Tutela de la intimidad, honor y propia imagen del menor en Internet” en *Menores e Internet*, (Dir. S. PÉREZ ÁLAVAREZ), Aranzadi, Navarra, 2014, p. 277.

<sup>13</sup> GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A. *La protección penal del honor y la intimidad como límite al ejercicio del derecho a la libre expresión*, VVAA, Libertad de expresión y Derecho penal, Edersa, Madrid, 1985, p. 384.

<sup>14</sup> SALVADOR CODERCH, ob. cit., p. 59. En similar sentido, MANNA, A., *Tutela penale della personalità*, Bolonia, 1993, p. 73.

<sup>15</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La degradación del derecho al honor (Honor y libertad de información)*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 29 y ss.

<sup>16</sup> El desarrollo del concepto de honor en la doctrina alemana puede verse en la obra de JAÉN VALLEJO, M., *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Madrid, 1992, pp. 156 y ss.

<sup>17</sup> Siguiendo a Hirsch, ALONSO ÁLAMO. Vid. ALONSO ÁLAMO, M., “Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales”, *ADP*, T.36, Fasc. /Mes 1, 1983, pp. 140 y ss.

<sup>18</sup> Siguiendo a Otto, BERDUGO. Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ob. cit., pp. 310 y ss. *Honor y libertad de expresión*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 57.

<sup>19</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J., ob. cit., p. 36, MARTÍN MORALES, R., *El derecho fundamental al honor en la actividad política*, Granada, 1994, p. 30, ROMERO COLOMA, A. M., *Los derechos al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión e información. Problemática procesal*, Serlipost, Barcelona, 1991, p. 10, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 1996, p. 239, CUCHI DENIA, J. M., “La nueva regulación penal del derecho al honor y su incidencia en la libertad de información”, *Revista General del Derecho*, 1998, nº 649- 650, pp. 12375-12376, O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Personalidad y derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen) del menor según la ley de protección del menor”, *La Ley*, 1996-4, D- 239, p. 1249.



manera que la protección del honor varía en función de la propia estima y la reputación social de la que goce cada persona, pero nunca podrá llegar a desaparecer pues toda persona tiene derecho a que se respete su dignidad de forma objetiva y uniforme. En consecuencia, la propia estima y la reputación social son un elemento subjetivo y variable, sin embargo, la dignidad es objetiva e invariable. Por tanto, el honor es la valoración personal y social de la persona de muy diferentes formas (éticas, morales, religiosas, filosóficas, políticas, sociales). A pesar de ello, también ha sido objeto de crítica la acepción propuesta por ALONSO ÁLAMO por partir de un criterio jurídico que atribuye el honor a todos por igual, y remitirse a un criterio social ético para justificar a determinadas injerencias en el mismo<sup>20</sup>; así como la propuesta por BERDUGO al considerar que el honor no presenta una dimensión estática ligada a la dignidad humana que se corresponde con el principio de igualdad, ni una dimensión dinámica ligada al libre desarrollo de la personalidad que legitima el desigual trato que el ordenamiento jurídico otorga a las diversas formas de ataque al honor, más bien al contrario, la dignidad humana fundamento del honor, es un principio de tutela dinámica que se constata tanto por los instrumentos de que se sirve como por su fin último: el libre desarrollo de la personalidad<sup>21</sup>.

Coincido con VIDAL MARÍN<sup>22</sup> que la concepción más adecuada a la hora de conceptualizar el honor es desde una perspectiva jurídico-constitucional, emanada de la dignidad de la persona consistente en el derecho a ser respetado por los demás. Ahora bien, este derecho al respeto no puede entenderse de manera absoluta, sino relativa puesto que podría disminuir su tutela jurídica como consecuencia de la conducta del sujeto contraria a sus deberes jurídicos y, en general, a sus deberes ético-sociales, e incluso, a otras concepciones sociales imperantes en un momento determinado.

## **1.2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR**

---

<sup>20</sup> VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 1990, p. 677.

<sup>21</sup> MORALES PRATS, F., "Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 12, 1987, p. 273.

<sup>22</sup> VIDAL MARÍN, ob. cit., p. 63.

Los aspectos definitorios del derecho a la intimidad personal y familiar, han sido delimitados por la jurisprudencia, pese a ello son varios los autores que han pretendido establecer un concepto jurídico para este derecho fundamental<sup>23</sup>. Nuestro DRAE define la intimidad como “*La zona espiritual íntima y reservada de una persona o grupo, especialmente de una familia*”.

En general, se admite con el Artículo que publicaron dos juristas SAMUEL WARREN y LOUIS BRANDEIS titulado “The right to the privacy”, el día 15 de diciembre de 1890 en la Harvard Law Review<sup>24</sup> como el punto de partida del reconocimiento de la intimidad como derecho fundamental. En dicho artículo, explicaban las bases técnico-jurídicas de la noción de “privacy” y la definían como “el derecho a estar solo” (right to be let alone), o más bien “el derecho a que a uno lo dejen en paz”. A partir de esta idea primaria, la lucha por reconocer un ámbito de privacidad inherente a toda persona ha sido constante en la evolución de las sociedades democráticas. Pese a lo anterior, para IGLESIAS CUBRÍA<sup>25</sup>, la doctrina francesa es la más avanzada en el citado derecho, pues siempre ha mostrado extraordinaria preocupación por las violaciones de la vida privada, no sólo en arbitrarias difusiones de imágenes, sino también en otras manifestaciones de la

---

<sup>23</sup> El término íntimo proviene del latín *intimus*, que significa entre otras acepciones: secreto, profundo o interior. Vid. BONILLA SÁNCHEZ, ob. cit., p. 171. En el derecho romano, ya existía la inviolabilidad del domicilio como algo susceptible de protegerse entre otras acciones que plantearían la existencia de un valor relativo a la intimidad atendible jurídicamente. ENCABO VERA, M. A., *Derechos de la personalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 101. Pese a ello, no se puede construir propiamente una concepción de intimidad. Son varios los autores que consideran que el concepto de intimidad surge con el cristianismo, concretamente con la obra de SAN AGUSTÍN. Vid. TRUYOL SERRA, A., y VILLANUEVA ETCHEVARRÍA, R., “Derecho a la intimidad e informática”, *Revista de Informática y Diritto*, nº 1, 1975, p. 173. RUIZ MIGUEL, será el primer teórico de la intimidad propiamente dicha. Vid. RUIZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 41. Tras San Agustín, le sigue SANTO TOMÁS, el cual representa la superación de éste al aportar la materia prima, la idea base de individualizar el concepto y atribuirle los caracteres esenciales de retiro o aislamiento voluntario. Como consecuencia del pensamiento cristiano, y sobre todo de su concepción de la persona, surgirá un nuevo elemento, que siendo característico del ser humano, consiste en que éste voluntariamente puede retrotraerse del mundo exterior y configurar una parcela de su vida independiente de los demás. REBOLLO DELGADO señala que será la pretensión urbana y burguesa las que generalicen e incluso identifiquen la intimidad como parte de la propiedad y por último, la ideología liberal, la que a través y como consecuencia del individualismo, genere el concepto moderno de intimidad. Vid. REBOLLO DELGADO, ob. cit., p. 275.

<sup>24</sup> Actualmente se encuentra publicado y traducido dicho Artículo de SAMUEL WARREN y LOUIS BRANDEIS, *El derecho a la intimidad*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 193 y 219.

<sup>25</sup> IGLESIAS CUBRÍA, M., *El derecho a la intimidad*, Universidad de Oviedo, 1970, p. 17.

## **CAPÍTULO PRIMERO: CUESTIONES INTRODUCTORIAS. LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN**

---

personalidad, tales como las conversaciones y los secretos. Por otra parte, la doctrina alemana ha tratado conjuntamente durante mucho tiempo el derecho a la intimidad y el derecho al honor, llegando incluso a su confusión. Hay que decir, que este derecho fundamental tiene múltiples denominaciones, en Italia, *riservatezza*, en EEUU e Inglaterra *privacy*, en Francia *vié privé* y en Alemania *privatsphäre*.

Ya en nuestra doctrina, son muchos los autores que han estudiado del derecho a la intimidad, de tal manera que encontramos definiciones de este derecho desde las tradicionales, como la de ALBALADEJO<sup>26</sup> para quien "...consiste el derecho a la intimidad personal en el poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman su círculo íntimo, personal y familiar, poder que le permite excluir a los extremos de entrometerse en él y de darle una publicidad que no desee el interesado"; IGLESIAS CUBRÍA<sup>27</sup> define lo íntimo como "Lo reservado de cada persona, que no es lícito invadir, ni siquiera con una toma de conocimiento y forma parte de la intimidad, todo lo que se puede sustraer al conocimiento de otras personas". En cambio, para URABAYEN<sup>28</sup> la noción de intimidad tiene un fuerte contenido emocional compuesto en muchos casos de sentimientos, creencias o modos de conductas personales, y considera que el campo de lo íntimo está gobernado en una parte no desdeñable por las modas y costumbres de la sociedad de que forma parte, sujetas a cambios considerables, especialmente en nuestro tiempo. En tal línea, NOVOA MONREAL<sup>29</sup> añade como elementos que influyen en la delimitación de la intimidad los siguientes: el factor social y cultural, las costumbres y el carácter de los diversos países, la situación especial de ciertas personas y los distintos regímenes sociales,

---

<sup>26</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil, T.I, vol. 2º*, 14ª ed., Barcelona, 1996, p. 66.

<sup>27</sup> IGLESIAS CUBRÍA, ob. cit., pp. 18 y 21-22, se plantea el tema de qué es lo íntimo, partiendo de la idea de la contrapartida de la intimidad al derecho de comunicación. "*Forma parte de mi intimidad todo lo que puedo lícitamente sustraer al conocimiento de otras personas. Por consiguiente, no forma parte de mi intimidad la imagen de mi rostro, aunque sí la imagen de mi desnudo. Nada más íntimo que mi propio pensamiento, en cuanto que no es cognoscible por los demás-hoy por hoy-si yo no lo revelo. Intimidad son mis deseos, mis apetencias, y, en parte, pueden serlo mis necesidades, y hasta la manera de satisfacerlas. La forma exacta de traducción jurídica de la intimidad, es por los efectos de la protección entre los demás: los demás no tienen derecho a conocer ni violar mi intimidad*".

<sup>28</sup> URABAYEN, M., *Vida privada e información: un conflicto permanente*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1977, pp. 42-43.

<sup>29</sup> NOVOA MONREAL, ob. cit., pp. 42-43.

políticos y económicos que existen en el mundo. Ahora bien, pese a no existir unanimidad a la hora de definir la intimidad, la mayoría de la doctrina lo hace con carácter amplio como por ejemplo, MARC CARRILLO<sup>30</sup>, ALBALADEJO, DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN<sup>31</sup>, BALAGUER CALLEJÓN<sup>32</sup>, LETE DEL RÍO<sup>33</sup> y DE LA VALGOMA<sup>34</sup>, aunque teniendo en cuenta su aspecto negativo por cuanto se desprende que la intimidad excluye el conocimiento por los demás de aquellos extremos más personales de la vida del individuo<sup>35</sup>.

Otras definiciones más actuales son la de GARCÍA GARNICA<sup>36</sup>, quien liga la intimidad a la dignidad humana y la define como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la personalidad, derivado de la dignidad de la persona. Por lo tanto, su contenido tendrá una vertiente negativa o de exclusión y otra positiva o de libertad<sup>37</sup>. La primera, se refiere “...al reconocimiento de una esfera de la vida personal exclusiva y excluyente del individuo, de una zona de actividad que le es propia y en la que puede prohibir el acceso a otros”<sup>38</sup>. La segunda, “...a la facultad de control sobre los datos relativos a la propia persona y de disposición de los mismos”. En palabras de REBOLLO DELGADO<sup>39</sup> el concepto de derecho a la intimidad como

---

<sup>30</sup> CARRILLO, M., *Los límites a la libertad de prensa en la Constitución española de 1978*, Barcelona, 1987, p. 57.

<sup>31</sup> DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil, vol. 1º, Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 2003, p. 345.

<sup>32</sup> BALAGUER CALLEJÓN, ob. cit., p.32.

<sup>33</sup> LETE DEL RÍO, J. M., *Derecho de la persona*, Madrid, 1986, p. 186. En igual sentido, se ha manifestado FLORENSA TOMÁS, C. E., *Personalidad. Nueva Enciclopedia jurídica*, Barcelona, 1989, p. 649.

<sup>34</sup> DE LA VALGOMA, M., “Comentario a la ley orgánica de protección civil al honor, a la intimidad y a la propia imagen”, *Anuario de Derechos Humanos*, nº 2, 1983, p. 657.

<sup>35</sup> Fuera de nuestras fronteras también se ha delimitado, haciendo hincapié en su vertiente negativa. Así, en Francia, CARBONNIER, J., *Droit Civil, vol. I*, Paris, 1971, p. 254, cit. por URABAYEN, ob. cit. p. 16. En sentido similar, se ha pronunciado MARTÍN, L., “Le secret de la vie privée”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1959, p. 234. En Italia, DE CUPIS, ob. cit., p. 283. Del mismo modo, RESCIGNO, *Il diritto all'intimità de la vita privata, Il diritto alla riservatezza e la sua tutela penal*, Milán, 1970, p. 41. En la doctrina anglosajona, NIZER, definió el derecho a la intimidad como el derecho del individuo a una vida retirada y anónima (cit. por URABAYEN, ob. cit. p. 14). De igual forma SWINDLER, *Problems of Law in Journalism*, 1955, p. 24.

<sup>36</sup> GARCÍA GARNICA, M. C., *El ejercicio de los derechos de la Personalidad del menor no emancipado*, Thomson-Aranzadi, 2004, p. 177.

<sup>37</sup> GARCÍA GARNICA, ob. cit., p. 178.

<sup>38</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil I, Parte General, vol. 2º, Personas*, ed. revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría, Dykinson, Madrid, 1998, p. 83. La intimidad protegería los recuerdos de las personas como manifestación de la tutela al libre desarrollo de la personalidad, como afirma ORTI VALLEJO, KAYSER, P., *La protección de la vie privée*, Económica, París, 1984, p. 130.

<sup>39</sup> REBOLLO DELGADO, ob. cit., p. 277.

## **CAPÍTULO PRIMERO: CUESTIONES INTRODUCTORIAS. LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN**

---

estricto derecho de defensa “...tiene incardinación directa en la dignidad humana y en el libre desarrollo de la personalidad, por lo tanto, la potestad de control de lo que afecta al individuo en su ámbito de intimidad tiene una correlación también directa con la libertad”.

De lo expuesto, si bien en un primer momento predominó sobre todo el aspecto negativo, defendiendo gran parte de la doctrina la intimidad como la posibilidad de excluir a los demás de la esfera de la vida privada<sup>40</sup>, hoy coexisten ambos aspectos<sup>41</sup>. Se acepta por la doctrina como parte del derecho a la intimidad, la posibilidad de controlar la información que sobre nuestra vida privada llega a los demás<sup>42</sup>, y se presenta como el derecho del individuo no sólo a reservarse a una esfera de la vida propia como secreta e intangible respecto de los demás, sino también a ostentar la capacidad y medios para evitar su manipulación e instrumentalización por otros<sup>43</sup>. En esta línea, cabe citar posturas actuales de carácter genérico sin concretar el posible contenido material o los posibles contenidos que integran el mismo, como CARMONA SALGADO<sup>44</sup>, O’CALLAGHAN MUÑOZ<sup>45</sup> o FARIÑAS MANTONI<sup>46</sup>. Sin embargo, cierto sector de la doctrina ha sido contrario a tales concepciones generales, siendo partidario de delimitar conceptualmente este derecho únicamente a través de la enumeración de su contenido<sup>47</sup>. Postura difícil de compartir, pues como

---

<sup>40</sup> DE LA VALGOMA, ob. cit., p. 657, HERRERO-TEJEDOR ALGAR, ob. cit., p. 78 y ROMERO COLOMA, A. M., *Derecho a la intimidad, a la información y proceso penal*, Colex, Madrid, 1987, p. 29.

<sup>41</sup> En líneas generales, la intimidad ofrece dos facetas: Negativa que implica la facultad del hombre para limitar un reducto al margen de los otros. Positiva relativa al derecho a la propia imagen o al honor o al derecho a la protección de datos personales. En virtud, de esta protección, cada individuo puede controlar la información referente a su esfera más íntima, que gestionan los demás.

<sup>42</sup> REBOLLO DELGADO, L., *EL derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 76-77, GARCIA VITORIA, A., *EL Derecho a la intimidad, en el Derecho penal y en la Constitución de 1978*, Aranzadi, Pamplona, 1983, p. 25, DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Elementos de Derecho Civil, Tomo I, vol. 2º*, de Lacruz Berdejo, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 84-85, HUALDE SÁNCHEZ, J., *Manual de Derecho Civil, Tomo I*, Madrid, 1997, pp. 345-346 y MIERES MIERES, L. J., *Intimidad Personal y familiar*, (Prontuario de Jurisprudencia Constitucional), Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 25 y 27.

<sup>43</sup> LACRUZ BERDEJO, ob. cit., p. 84.

<sup>44</sup> CARMONA SALGADO, C., *Libertad de expresión e información y sus límites*, Madrid, 1991, p. 210.

<sup>45</sup> O’CALLAGHAN MUÑOZ, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Madrid, 1991, p. 87.

<sup>46</sup> FARIÑAS MANTONI, L. M., *El derecho a la intimidad*, Trivium, Madrid, 1983, p. 352.

<sup>47</sup> MEJAN, L. M., *El derecho a la intimidad y la informática*, México, 1994, pp. 74 y ss.

acertadamente defiende VIDAL MARÍN<sup>48</sup> si bien no es fácil definir el derecho a la intimidad, entiende que no se puede renunciar a elaborar una definición del mismo de carácter genérico, la cual, no es incompatible con una posterior enumeración de aquellos aspectos que integran el contenido de aquél

Finalmente, con carácter más innovador cabe citar la definición que nos ofrece ABAD ALCALÁ<sup>49</sup> para quien "...este derecho ya no es tanto el derecho a decidir sobre la divulgación de los aspectos más íntimos de la persona sino el derecho al anonimato en Internet, entendiendo como el derecho a que sean revelados datos personales sin el consentimiento del afectado ni para otras actividades que las autorizadas".

De lo anterior, se deduce que el concepto de intimidad ha evolucionado de una idea basada en la propiedad privada y la inviolabilidad del domicilio, al enunciado de un derecho fundamental inherente a la persona. Por medio del derecho a la intimidad se reconoce al ser humano una esfera de interioridad inaccesible por las personas que nos rodean. De tal forma, que todo individuo necesita contar con ese refugio inexpugnable en el que distinguimos simultáneamente una condición de la personalidad individual y también de la personalidad social. Esta idea es esencial y en la práctica se traduce en diversas manifestaciones concretas, como los derechos a la inviolabilidad del domicilio, el secreto a las comunicaciones, o a la protección de datos.

En conclusión, el derecho a la intimidad tiene por objeto proteger al sujeto frente a las injerencias de terceros dentro de su esfera interior, bien sea excluyendo ésta del conocimiento ajeno o mediante el control de las informaciones que le afecten. Cabe decir, que la doctrina científica y la jurisprudencia han mostrado mayor atención al honor que a la intimidad, viendo en ésta la sombra del honor. Aunque, hoy en día se ha emancipado y amenaza con arrebatarle las atenciones de los juristas<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> VIDAL MARÍN, ob. cit., p. 74.

<sup>49</sup> ABAD ALCALÁ, L., "La lucha por la intimidad en Internet", Madrid, 2001. Disponible en <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/Cyberlaw/actual/9/leg04-09-01.htm>.

<sup>50</sup> ÁLVAREZ CIENFUEGOS, J. M., *La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática*, Aranzadi, Madrid, 1999, p. 16.

### **1.3. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN**

#### **1.3.1. Concepto**

Muchos autores han pretendido dar un concepto jurídico de este derecho<sup>51</sup>, para arrojar un poco de luz comenzaremos por la definición de imagen recogida en nuestro DREAE como “*Figura, representación, semejanza y apariencia de una cosa*”, “*Reproducción de la figura de un objeto por la combinación de los rayos de luz*”, “*Reproducción de los rasgos físicos de una persona sobre un soporte material cualquiera*” y en un sentido más amplio “*La reproducción de cualquier persona, animal o cosa por medio de la pintura, la escultura, la fotografía o cualquier otro medio*”.

Resulta imprescindible resaltar que a la hora de delimitar el concepto de imagen, históricamente aparece unido al honor o a la intimidad como una mera manifestación de los mismos. En tal sentido, la doctrina anglosajona entiende que el derecho a la propia imagen se engloba dentro de la intimidad, siendo considerada como un bien jurídico autónomo. También tal orientación ha tenido amplio eco en la doctrina italiana, en autores como DE CUPIS<sup>52</sup>. Y en nuestra doctrina, en CASTÁN<sup>53</sup> cuando trata su protección, en BAJO FERNÁNDEZ quien defiende que el derecho a la propia imagen es una manifestación concreta del derecho a la intimidad o incluso en RAVANAS<sup>54</sup> para quien si bien no debe identificarse el derecho a la propia imagen con el derecho a la intimidad y a la vida privada, tampoco debe establecerse una rígida

---

<sup>51</sup> El concepto de imagen también proviene del latín “*imago, imaginis*”, ya en Grecia se daba figura humana a sus dioses a la vez que se exponían a la vista de todos en la Polis, de manera que el hombre y su imagen cobraban valor cotidiano reconocible, pero será el derecho romano quien llegue a regular las facultades de las familias nobles respecto a las máscaras y esculturas de sus antepasados, a través de lo que se conocía como el *ius imaginum*. Vid. BONILLA SÁNCHEZ, ob. cit., p. 123.

<sup>52</sup> DE CUPIS, A., *La tutela dell' immagine contra la sua conoscenza*, Temi Romana, 1956, p. 283.

<sup>53</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español común y foral, T.I, vol., II, Teoría de la relación jurídica. La persona y los derechos de la personalidad. Las cosas. Los hechos jurídicos*, 14ª ed., revisada y puesta al día por J. L. De Los Mozos., Reus, Madrid, 1987, p. 7.

<sup>54</sup> RAVANAS, J., *La protection des personnes contre la realisation et la publication de leur image*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1978, p. 546.



separación entre ambos. A sensu contrario, se ha pronunciado VERCELLONE<sup>55</sup> quien separa claramente ambos derechos imagen y honor, señalando tan solo cuatro situaciones de relación entre uno y otro, que esclarecen en gran medida sus límites: publicaciones del retrato de una persona sin su consentimiento, pero sin que exista lesión en su honor. Publicaciones sin su consentimiento y con perjuicio del honor. Publicación del retrato sin consentimiento del titular, en aquellas circunstancias en que éste no es exigible, pero con perjuicio del honor. Publicación con consentimiento y sin que resulte perjuicio para el honor o reputación de la persona unido a la intimidad. En el primer caso, no sufre el honor pero sí la imagen del sujeto pasivo; en el segundo, se lesionan ambos; en el tercero, solo se vulnera el honor; y en el cuarto, no hay violación de ninguno de los dos derechos. HERRERO-TEJEDOR<sup>56</sup> quien considera que si bien el derecho a la imagen puede presentar connotaciones con el honor y la intimidad, en realidad se trata de un derecho autónomo y diferenciado de los demás, que en muchos casos es objeto de intromisiones ilegítimas que en nada vulneran el honor o la intimidad, lo que confirma su condición de independiente.

En la doctrina española, existen múltiples definiciones de la imagen y todas ellas son válidas, pero en su conjunto vienen a dar un concepto unívoco y complementario. Con carácter general, autores como ROGEL VIDE<sup>57</sup> O'CALLAGHAN<sup>58</sup>, ALBALADEJO<sup>59</sup> o PUIG BRUTAU<sup>60</sup>, definen la imagen como la figura, representación, semejanza, o apariencia de las cosas. Pero la mejor conceptualización de la imagen se debe a GITRAMA GONZÁLEZ<sup>61</sup>, para quien la imagen en sentido amplio es la reproducción de la figura, de un objeto, que en nuestro caso sería una persona y

---

<sup>55</sup> VERCELLONE, P., *Il diritto sul proprio ritratto*, Utet, Turín, 1959, p. 103.

<sup>56</sup> HERRERO-TEJEDOR, ALGAR, ob. cit., p. 99.

<sup>57</sup> ROGEL VIDE, ob. cit., p. 84.

<sup>58</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, ob. cit., pp. 165 y ss. Tal derecho tiene dos dimensiones: una negativa-moral que es la facultad de excluir la posibilidad de captación, reproducción, publicación de la imagen; y una positiva, que es la autonomía exclusiva de decidir sobre la difusión de la propia imagen, también relacionada con la potencialidad patrimonial de este bien jurídico.

<sup>59</sup> ALBALADEJO GARCÍA, ob. cit., p. 62.

<sup>60</sup> PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de derecho civil, 1-1ª Primera parte. Parte general. Sujeto y objeto del derecho*, por L. PUIG FERRIOL, Bosch, Barcelona, 1979, p. 50.

<sup>61</sup> GITRAMA GONZÁLEZ, M., *El derecho a la propia imagen*, Nueva Enciclopedia Jurídica, T. XI, Barcelona, 1962, pp. 326-307-308.

## **CAPÍTULO PRIMERO: CUESTIONES INTRODUCTORIAS. LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN**

---

centrándose en la imagen personal, es la representación o reproducción de la figura de una persona física cuando se hace de modo tal que resulta fácilmente reconocible la persona de que se trata, incluso aunque la semejanza no sea perfecta. Por tanto, constituye "... un derecho innato de la persona que se concreta en la reproducción o representación de la figura de ésta, en forma visible y reconocible". La jurisprudencia coincide plenamente en tal definición y añade que el derecho a la imagen tiene un aspecto positivo y otro negativo<sup>62</sup>, siendo ambos fusionados por ESTRADA ALONSO<sup>63</sup>.

De tal definición, cabe a su vez concretar algunos de los trazos característicos que ayuden a entender mejor el ámbito de protección de este derecho. Así, por representación de la imagen hay que tener en cuenta no sólo la figura humana como tal sino otras representaciones de la misma que no impidan su reconocibilidad (por ejemplo a través del dibujo, la pintura o la escultura); por reproducción, se entenderá el resultado de aplicar sobre la imagen la técnica del cine, la televisión, el vídeo, etc. y ciertamente, todo ello se proyecta sobre una imagen específica, que es la figura humana, con lo cual quedan excluidas de la titularidad de este derecho las personas jurídicas, no porque éstas no puedan gozar de una imagen sino porque su imagen se protege mediante expedientes distintos del derecho de la personalidad, como es el nombre comercial, la marca etc., en esta dirección, se manifiestan CARRILLO<sup>64</sup>, PASCUAL MEDRANO<sup>65</sup> y BLASCO GASCÓ<sup>66</sup>. No obstante, HERRERO-TEJEDOR<sup>67</sup> no reduce el concepto de imagen a la imagen física propiamente dicha sino que le atribuye un concepto más amplio, en cuanto que una imagen asociada a una persona

---

<sup>62</sup> SSTS 29 de marzo de 1988; 11 de abril de 1988; 9 de mayo de 1988; 9 de febrero de 1989 y 7 de octubre de 1996.

<sup>63</sup> ESTRADA ALONSO, E., "El derecho a la imagen en la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo" *AC*, nº 25, 1990, p. 347.

<sup>64</sup> CARRILLO, M., "El derecho a la propia imagen como derecho fundamental", *Revista jurídica de Asturias*, 1994, nº 18, p. 16.

<sup>65</sup> PASCUAL MEDRANO, A., *El derecho fundamental a la propia imagen, Fundamento, contenido, titularidad y límites*, Aranzadi, 2003 p. 117.

<sup>66</sup> BLASCO GASCÓ, F. DE P., "Algunas cuestiones del derecho a la propia imagen", *XIII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Salamanca, 2007, p. 9.

<sup>67</sup> HERRERO-TEJEDOR ALGAR., ob. cit., p. 99.

jurídica o el propio nombre de la persona jurídica utilizado en imágenes de forma ilegítima podrían producir dicha vulneración en este supuesto.

De lo manifestado con anterioridad, el derecho a la imagen se refiere con independencia de otros supuestos que tienen cabida en el mismo a la posibilidad de controlar la reproducción por medios gráficos o audiovisuales de la propia imagen, y a la facultad de mostrar la apariencia física que se quiera. Debe tenerse en cuenta que la forma visual de ver la imagen ha evolucionado desde la pintura y escultura, la fotografía, al cine, la televisión, el vídeo, a la imagen digital con Internet y las nuevas tecnologías.

### **1.3.2. Clases de imagen**

#### **1.3.2.1. Imagen sonora**

El contenido de la propia imagen se proyecta en una serie de supuestos de indudable trascendencia como por ejemplo la voz. Los puntos de coincidencia entre voz e imagen son claros: ambas constituyen una manifestación sensible de la persona -la cercanía en este aspecto con la imagen es más fuerte que la del nombre-; tanto la voz como la imagen humana son a la vez medio de comunicación y comunicación en sí mismas; en las dos se distingue un aspecto material e inmaterial y una aptitud para ser grabadas, reproducidas, difundidas, manipuladas en una palabra, en virtud de su carácter sensible. Por este mismo motivo, la voz y la imagen humana tienen además en común un potencial patrimonial.

La vinculación de la propia imagen con la voz es clara si se tiene en cuenta que la obtención sin conocimiento de los sujetos de registros permanentes de imágenes y sonidos realizada bien por la persona con la que el sujeto se encuentra, bien por un tercero, da a la persona que dirige esa obtención, el poder de reproducir a su solo criterio las escenas o palabras del sujeto objeto de esa acción. Y es que, como afirma

RUIZ MIGUEL<sup>68</sup> cuando el sujeto sabe que sus palabras o actos están siendo grabados, se comporta de forma diferente, poniendo más cuidado en sus actos o palabras.

### **1.3.2.2. Imagen visual**

Es aquella imagen que se puede reproducir por medios gráficos o audiovisuales pudiendo mostrar la apariencia física que se quiera (dibujo, pintura, escultura, Internet, televisión, video, fotografía o incluso caricatura, quedando excluido el retrato literario). Para que la reproducción de la imagen por medios técnicos sea ilegítima es preciso que la persona sea reconocible, es decir, que empleando una diligencia normal, un tercero sea capaz de identificar la imagen de la persona, incluso aunque no aparezca la figura humana pero haya presente algún elemento que la haga identificable. La distorsión de la imagen con tiras negras en los ojos puede suponer la vulneración del derecho si con ello no se evita la identificación de la persona.

La mayor parte de la doctrina civilista considera que el derecho a la imagen protege la reproducción por cualquier medio de la misma pero no entiende que proteja la posibilidad de decidir cuál es la propia apariencia física. Debe tenerse en cuenta, que la protección de la imagen como apariencia física no coincide conceptualmente con la protección de la figura humana en sí misma, pues la imagen es la captación o percepción que de uno mismo se hacen los demás, es la proyección exterior de la figura humana. La imagen puede ser percibida de forma directa, mediante el contacto visual o indirecta, a través de medios técnicos de reproducción multiplicándose en este último caso el número de perceptores.

A través de medios técnicos audiovisuales y gráficos, la percepción de uno mismo se proyecta a un mayor número de personas sin que ello pueda controlarse siempre por la persona. Por esta razón, seguramente la consideración de la imagen

---

<sup>68</sup> RUIZ MIGUEL C., *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, 1995, p. 112.

como derecho autónomo ha sido bastante más tardío que la de otros derechos de la personalidad, pues hasta que se produjo la eclosión de los medios audiovisuales, no se vio la necesidad de hacerlo.

### **1.3.2.3. Imagen escrita**

El derecho a la imagen sirve como medio para la manifestación del derecho a la identidad personal, el cual utiliza como instrumento el derecho al nombre. La proximidad que existe entre nombre e imagen se cifra en dos puntos: a) Un doble aspecto material e inmaterial. b) Sus funciones de individualizar e identificar. Son dos realidades próximas que hacen referencia a la personalidad humana en sus manifestaciones concretas como individuo, cuyas diferencias proceden de la diversa naturaleza de ambos: el nombre se adscribe al ámbito de lo intelectual-discursivo y la imagen se sitúa en el visual-sensitivo. El nombre, cuenta con una larga tradición de reconocimiento como derecho básico de una persona que responde al mismo tiempo a unas necesidades fundamentales desde el punto de vista del orden público. El nombre, individualiza a cada persona dentro del contexto social y la identifica como sujeto concreto de derechos y deberes, y de acciones positivas o negativas para el contorno social en que se desenvuelve. Hay aspectos en que la imagen y el nombre se complementan. Así pues, por ejemplo la información será más completa cuando identificas a alguien presentando su imagen acompañada de su nombre. Pero también hay aspectos en que se diferencian, una de las funciones en que más se manifiesta es, el diverso cariz de la imagen y el nombre el de la reconocibilidad -individualidad e identidad desde el punto de vista de la percepción-. Con la imagen los rasgos personales del sujeto individual se plasman de forma inmediata, directa. El nombre sigue un camino diverso, próximo a la representación conceptual.

En definitiva, el derecho a la imagen es amplio pues debe incluirse no sólo la imagen propiamente dicha, sino también el nombre, la voz y cualquier otro elemento que haga reconocible al individuo.

## **2. RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN**

### **2.1. EN EL CÓDIGO CIVIL**

#### **2.1.1. Como derechos de la personalidad**

Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen son derechos referidos a la personalidad. Por derechos de la personalidad cabe entender un conjunto de derechos inherentes a la propia persona que todo ordenamiento jurídico debe respetar, por constituir manifestaciones de la dignidad de la persona y de su propia esfera individual<sup>69</sup>. Naturalmente, las diferentes definiciones de los derechos de la personalidad coinciden en afirmar que se trata de bienes que garantizan el disfrute de las facultades físicas, morales e intelectuales, sin las cuales el ser humano se vería desprovisto de las principales garantías para asegurarse el pleno desarrollo de su personalidad. Con lo cual, son verdaderos y propios derechos subjetivos de la personalidad que consistirían concretamente en "...el poder que el ordenamiento jurídico concede a la persona, para la autoprotección de los intereses más inherentes a la misma"<sup>70</sup>. Por consiguiente, teniendo en cuenta el objeto al que afectan y sus inherentes cualidades, son derechos que nacen con el hombre y viven con él inseparablemente del contenido de su personalidad.

Con anterioridad a la Constitución española de 1978(CE), no existía en nuestro ordenamiento jurídico precepto alguno que protegiera de manera coherente y completa tales derechos. De tal manera que se estudiaban dentro de los llamados

---

<sup>69</sup> GALAN JUÁREZ, M., *Intimidad. Nuevas dimensiones de un viejo derecho*, Centro de Estudios Ramón Areces S. A, Madrid, 2005, p. 80. DE CUPIS, ob. cit., p. 108.

<sup>70</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., "Sinopsis de los derechos de la personalidad", *AC*, 2/1986, pp. 1885 y ss.

derechos de la personalidad<sup>71</sup>, por radicar en la persona, ser innatos y adquirir por el simple hecho del nacimiento (art. 32 Código Civil) (CC). El derecho al honor, a diferencia del derecho a la intimidad y a la propia imagen, era el único derecho que había sido considerado por el legislador objeto de tutela y solo por vía penal, pues el CC tampoco lo recogía expresamente quedando amparado únicamente por vía jurisprudencial la cual tomaba como base el genérico art. 1902 CC, que regula la responsabilidad extracontractual o aquiliana (*alterum non laedere*) aplicable para resarcir no solo los daños patrimoniales sino también los no patrimoniales o morales.

Cabe cuestionarse ¿por qué se protegió únicamente el honor y no los otros dos derechos? Alguna de las respuestas podrían ser porque ni el legislador ni los tribunales de la sociedad predemocrática supieron o pudieron hacerlo, o porque no había conciencia de su relevancia jurídica, pese a existir ya una preocupación por su regulación jurídica como posteriormente se reflejó en la CE de 1978.

### 2.1.2. Características de los derechos de la personalidad

Tradicionalmente a los derechos de la personalidad además de su *inherencia* a la condición de ser humano y la *esencialidad* de los derechos de la persona<sup>72</sup>, se les reconoce otros caracteres tales como *indisponibilidad*, *irrenunciabilidad*, *inalienabilidad*, *imprescriptibilidad*, *la no patrimonialidad* y con ello su extinción con la muerte del titular y consecuentemente su *intransmisibilidad* a sus herederos.

---

<sup>71</sup> El estudio del honor, la intimidad y la imagen como bienes de la personalidad ha provocado numerosos esfuerzos legislativos, jurisprudenciales y doctrinales, entre los que refiero: MARTÍN BERNAL, J. M., "Los derechos de la personalidad en la Constitución Española", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 1, enero 1979, pp. 2-3. ROGEL VIDE, ob. cit., p. 24. RIGEAUX, F., *La protección de la vie privée et des autres biens de la personnalité*. Bruylant, Bruselas, 1990, pp. 29 y 44. CREVILLEN SÁNCHEZ, A., *Derechos de la personalidad: honor, intimidad personal y familiar y la propia imagen en la jurisprudencia*, Actualidad Editorial, Madrid, 1994, pp. 44 y 60. BUSTOS PUECHE, J. E., *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 129 y 172. SANTOS MORÓN, M. J., *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos; honor, intimidad e imagen*, Escuela libre, Madrid, 2000, pp. 290 y 303.

<sup>72</sup> GRIMALT SERVERA, P., *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Justel, Madrid, 2007, p. 51.

## **CAPÍTULO PRIMERO: CUESTIONES INTRODUCTORIAS. LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN**

---

Existe unanimidad doctrinal en admitir que los derechos de la personalidad son “inherentes a la condición de ser humano”<sup>73</sup>. Con lo que todo ser humano por el mero hecho de serlo, disfruta de los derechos de la personalidad<sup>74</sup>. Consecuencia de ello, son derechos individuales, porque lo es el interés que con ellos se protege, pero además porque son reconocidos concreta y específicamente a favor de cada persona individualmente considerada. Son también privados, porque lo que tratan de asegurar a cada individuo es el goce de su propio ser privativo y personal, tanto físico como espiritual o moral, no su actuación externa o pública. El objetivo primordial de su protección no es otro que el sancionar o impedir las perturbaciones ocasionadas por otros particulares a un bien estrictamente privado o particular. Y finalmente, son derechos absolutos, en el significado técnico y preciso de ser ejercitables contra todos, *erga omnes*<sup>75</sup>. La mencionada inherencia, se encuentra íntimamente ligada a la idea de dignidad humana<sup>76</sup> y consecuentemente, al recaer sobre la persona, como tal, cabe afirmar que son *extrapatrimoniales*<sup>77</sup>. Ahora bien, lo dicho no es obstáculo, para que excepcionalmente, alguno de estos derechos tenga un substrato pecuniario susceptible de una valoración económica e incluso de transacciones de esta índole en el mundo de los negocios. En tal sentido, ha llamado la atención sobre las fuertes repercusiones económicas que puede suponer por ejemplo el derecho a la imagen.

Precisamente de este carácter de la *extrapatrimonialidad* propio de los derechos de la personalidad, se derivan una serie de condiciones de tipo negativo, que podemos concretar en: 1) *Indisponibilidad* (Inalienabilidad según la ley), el sujeto no

---

<sup>73</sup> Se deriva del art. 19.1 CE que se refiere “a los derechos inviolables que le son inherentes” En tal línea, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Curso de Derecho Civil (I). Derecho privado. Derecho de la persona*, 2ª ed., VVAA, (Coord. P. DE PALBO CONTRERAS), Madrid, 2001, p. 459, ROYO JARA, J., *La protección del derecho a la propia imagen*, Colex, Madrid, 1987, p. 82.

<sup>74</sup> Vid. ROGEL VIDE, ob. cit., pp. 45-46; LETE DEL RÍO, ob. cit., p. 210; CABEZUELO ARENAS, A. L., *Derecho a la Intimidad*, Valencia, 1998, pp. 92-93; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, ob. cit., p. 539; GRIMALT SERVERA, ob. cit., p. 50. Y más concretamente en relación a los menores como titulares de los derechos de la personalidad. PASCUAL MEDRANO, A., “Los derechos fundamentales y la nueva Ley de protección al menor”, en *La Protección Jurídica del menor*, (Coord. I. GARCÍA SERRANO), León, 1997, p. 147.

<sup>75</sup> HERRERO-TEJEDOR ALGAR, ob. cit., p. 55.

<sup>76</sup> En este sentido, GARCÍA GARNICA, ob., cit., p. 177.

<sup>77</sup> Vid. O'CALLAGHAN MUÑOZ, ob. cit., pp. 177-178; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, ob. cit. p. 540; ROGEL VIDE, ob. cit., pp. 48-49; ROYO JARA, ob. cit., p. 83; HERRERO-TEJEDOR ALGAR, ob. cit., p. 56, entre otros.



puede decidir sobre el destino de los derechos de la personalidad mediante un acto cualquiera de disposición, abandonando su titularidad. Esto supone que son intransmisibles tanto inter vivos como mortis causa<sup>78</sup>. 2) *Irrenunciabilidad*, la renuncia al derecho de la personalidad está prohibida taxativamente por ley (art. 6.2 CC). 3) *Inexpropiabilidad*, pues su naturaleza es incompatible con la expropiación forzosa e inembargable, al estar fuera del comercio de los hombres debido a su extrapatrimonialidad. 4) *Imprescriptibilidad*, son derechos que no se extinguen por inactividad o silencio de su titular, únicamente se extinguirán con la muerte de la persona titular, ahora bien, si prescriben las acciones para la tutela de una intromisión ilegítima a los mismos.

## 2.2. EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

### 2.2.1. Como Derechos Fundamentales

Nuestra Constitución, en el encabezamiento de la Sección 1ª del Capítulo II, consagró los derechos del art. 18.1 como "*Derechos fundamentales y libertades públicas*"<sup>79</sup>. El citado precepto "*Garantiza los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*". Para la mayor parte de la doctrina, la expresión "derechos fundamentales" designa actualmente aquellos derechos que han sido incorporados a las Constituciones de diferentes Estados, como principios básicos de organización del régimen político de que se trate, configurándose, por tanto, como una categoría dogmática del moderno Derecho Constitucional<sup>80</sup>.

Los derechos fundamentales desempeñan una función de primer orden, son los que garantizan al ciudadano una esfera de libertad personal, y los que limitan el poder

---

<sup>78</sup> CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., "Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen", *ADC*, 1984, Fasc. III, pp. 31 y 69.

<sup>79</sup> En este sentido véase OESTREICH, G., y SOMMERMANN, K. P., *Pasado y presente de los derechos humanos*. Edición a cargo de MIKUND, M., Tecnos, Madrid, 1990, p.35 y ss.; CRUZ VILLALÓN, P., "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 25, Enero/Abril 1989, pp. 35 y 62.

<sup>80</sup> Vid sobre este punto la posición de la doctrina española en PEREZ LUÑO, A. E., *Delimitación conceptual de los derechos humanos y Derechos humanos, significación, estatuto jurídico y sistema*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979, pp. 23-24. Vid también del mismo autor, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1995, pp. 30-31. DE CASTRO CID, B., *El reconocimiento de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 25.

político y en la medida en que ambas condiciones resulten satisfechas, legitiman además al propio Estado<sup>81</sup>. Del significado y finalidad de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de asumirse también por el Estado. Por tanto, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano<sup>82</sup>. A partir de su constitucionalización, tienen eficacia frente a terceros si bien operan de manera distinta a como lo hacen frente al Estado<sup>83</sup>. Su institucionalización como derechos fundamentales produce tres importantes consecuencias jurídicas: su regulación ha de hacerse por Ley Orgánica, se les garantiza un “*contenido esencial*”, y además, tienen una mayor protección procesal que les permite acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional una vez agotada la vía de la Jurisdicción ordinaria.

Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como derechos fundamentales, garantizan los bienes jurídicos de la personalidad del individuo, pero también tutelan el interés de la sociedad de que tales valores sean respetados en su seno. Tal como recoge el art. 10 CE, estos derechos “*...son el fundamento del orden jurídico y de la paz social*”.

### **2.2.2. ¿Un único Derecho o tres Derechos autónomos?**

Una cuestión relevante analizada por nuestra doctrina es si los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen son un solo derecho con tres dimensiones

---

<sup>81</sup> DE ESTEBAN. J. y LÓPEZ GUERRA, L., *El régimen constitucional español*, Barcelona, 1985, vol. 2º, p. 125.

<sup>82</sup> RORÍGUEZ GONZÁLEZ, J. P., “El proceso de constitucionalización de una exigencia ética fundamental: el derecho a la intimidad”, *Derechos y Libertades*, nº 3, 1994, pp. 363 y ss.

<sup>83</sup> PRIETO SANCHÍS, L., “Protección de los derechos fundamentales (Comentario al artículo 53 de la Constitución)”, en *Comentarios a las leyes políticas, T. IV*”, (Dir. O. ALZAGA VILLAAMIL), *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1983, pp. 447 y 495, en concierto p. 462.

distintas aunque relacionadas entre sí o tres derechos perfectamente singularizados aunque con posibilidades de conexión.

La teoría pluralista<sup>84</sup> aceptada por la mayoría de la doctrina, se trata de tres derechos bien diferenciados y esa fue la intención de los constituyentes al redactar la CE. Por lo que tienen cada uno de ellos singularidad propia que los distingue de los otros, aunque por ser derechos de la personalidad, tengan una mutua conexión entre ellos<sup>85</sup>. Sin embargo, otros autores como RODRÍGUEZ RUIZ<sup>86</sup> o PEREZ LUÑO<sup>87</sup> consideran que es un derecho único y no tres derechos distintos, aunque englobaría una pluralidad de manifestaciones. Para ello, argumentan que la redacción del art. 18.1 CE induce a pensar que el constituyente ha considerado los distintos supuestos que en él se enumeran para ser objeto de tutela, como manifestaciones de un único derecho. Inicialmente sería la tendencia dominante en nuestra jurisprudencia y la doctrina extranjera su formulación en singular, sin aludir expresamente a derechos autónomos, para así englobar en un derecho único y omnicompreensivo los distintos instrumentos de tutela jurídica de la vida privada

Pese a esta última postura, la opinión más extendida es que aunque dichos derechos pueden tener coincidencias, son derechos autónomos y diferenciados de los demás. Efectivamente, me sumo a ella y entiendo que los derechos consagrados en el artículo 18.1 CE son tres derechos distintos, dotados de su propia especificidad, ya que cada uno de ellos tiene su propio contenido esencial, con unas peculiaridades propias, que lo sustentan respecto de los demás, sin que quepa mezclarlos ni confundirlos. Actualmente también nuestra jurisprudencia diferencia correctamente

---

<sup>84</sup> Para O'CALLAGHAN, SALVADOR CODERCH y HERRERO TEJEDOR, GALÁN JIMÉNEZ, son tres derechos diferentes.

<sup>85</sup> FAYOS GARDÓ, A., *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000, p. 353; MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J., *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia Constitucional*, Civitas, Madrid, 1993, p. 91, BUSTOS PUECHE J. E., *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 137.

<sup>86</sup> RODRÍGUEZ RUIZ, B., *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 12.

<sup>87</sup> PEREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1995, p. 331.

los tres derechos como apuntan las Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS) de 26 de febrero de 2009, de 31 de marzo de 2010 y de 24 de julio de 2012<sup>88</sup>.

### **2.2.3. Configuración como Derechos Constitucionales**

No se puede hablar de un reconocimiento concreto de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen hasta la CE de 1978 en la que por primera vez su art. 18.1<sup>º</sup> los proclama como derechos y además fundamentales y constitucionales. Su enunciado, se presta a la ambigüedad sobre la naturaleza del derecho a la propia imagen, pues se entiende que es un derecho distinto al de la intimidad, pero no queda claro si intimidad personal y familiar e imagen forman parte del derecho más amplio a la vida privada o, si por el contrario, intimidad personal y familiar se identifican con vida privada, y el derecho a la imagen se distingue de este derecho.

Pese a ello, para ALZAGA VILLAAMIL<sup>89</sup> la novedad de este precepto no es tanto en cuanto que se reconoce por primera vez constitucionalmente, sino fundamentalmente porque el tratamiento que se le da no tiene precedentes. A este respecto, la configuración de la propia imagen como objeto de un derecho con protección autónoma, al margen de la tutela que merezca la intimidad y el honor, viene a zanjar una cuestión nada clara, que aún no ha dejado de ser doctrinalmente debatida, y aunque pudiera configurarse como un derecho subjetivo autónomo, al margen de la tutela a la intimidad y al honor, ello, supone el pensar que algunas intromisiones ilegítimas al derecho a la imagen, pueden vulnerar el derecho al honor (trucaje de fotografías, fotos en situaciones violentas o ridículas, etc.) y la intimidad (toma subrepticia de fotografías en momentos o lugares de la vida privada) pero en cambio existen otras intromisiones propias del derecho a la imagen. Entre ellas, por ejemplo la captación de fotografías en lugares públicos, o bien la utilización con

---

<sup>88</sup> LA LEY 3332/2009, Rec. 958/2006; LA LEY 21099/2010, Rec. 2118/2007 y LA LEY 139981/2012, Rec. 351/2011.

<sup>89</sup> ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentario sistemático de la Constitución Española de 1978*, Madrid, 1978, pp. 433 y 462.

finalidades comerciales. Pero por otra parte, critica el texto constitucional en el sentido que se queda corto, pues no ve razón alguna para que tutelándose la imagen no se tutele al mismo tiempo la “*palabra hablada*”, o “*la voz de una persona*”.

Por todo lo anterior, los derechos al honor, del derecho a la intimidad familiar y personal y del derecho a la imagen regulados en el art. 18.1 CE, tienen el rango de ser tres derechos constitucionales que tutelan “*la esfera espiritual de la personalidad*”.

### **2.3. 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**

#### **2.3.1. Concepto y contenido**

La LO 1/1982(LOPDH) tan sólo establece las formas de intromisión en los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la imagen y su protección pero no los define con la consecuente dificultad a la hora de delimitar el concepto y contenido de cada uno de estos derechos de una manera exacta. En cualquier caso, a mi juicio es una decisión acertada pues difícilmente se pueden conceptualizar de forma definitiva al estar condicionados por el contexto histórico, social, cultural y jurídico de cada momento.

En su Exposición de Motivos establece tres claves para entender la finalidad de esta ley: el desarrollo del art. 18.1 CE; su definición como derechos de la personalidad y el papel primordial del juez para la delimitación del ámbito de protección.

En su art. 1 dispone que “*El derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo 18 de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica*”. Por tanto, su contenido será el que rija en las acciones de protección jurídica sobre los derechos fundamentales al

## **CAPÍTULO PRIMERO: CUESTIONES INTRODUCTORIAS. LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN**

---

honor, intimidad y a la propia imagen que se ejerciten por vía civil. Pero no se puede ignorar que algunos de estos derechos gozan o previsiblemente gozarán de una protección penal. Para el caso que exista protección penal tendrá ésta preferente aplicación, por ser sin duda la de más fuerte efectividad, si bien la responsabilidad civil derivada del delito se deberá fijar de acuerdo con los criterios que esta ley establece.

Ahora bien, existen dos deficiencias claras que se pueden observar, la primera es el tratamiento uniforme que hace de los tres derechos impidiendo incidir en los aspectos específicos de cada uno de ellos, sobre los cuales no queda regulada la protección. Y la segunda, la relativización del ámbito de protección al admitir que las actuaciones personales, además de las leyes y los usos sociales también los delimitan.

Además, la citada ley no regula el distinto nivel de protección de los derechos de la personalidad que corresponde a los personajes públicos o a las personas privadas; no hace referencia a las personas responsables de las intromisiones ilegítimas, ni a la responsabilidad que se les exige para que nazca el derecho al resarcimiento o a los posibles titulares de estos derechos (ni cita ni excluye a las personas jurídicas); tampoco a los supuestos de simple intrusión.

Por último, la doctrina también ha criticado duramente su articulado, calificándola de “defectuosa técnicamente”<sup>90</sup> o de “muy desafortunada” en algunos de sus aspectos<sup>91</sup>, achacándole la “falta de una obra previa de creación judicial”<sup>92</sup>. A mi juicio, pese a tener defectos y carencias de redacción legislativa, la parte positiva es la creación de una norma concreta cuyo fin es proteger los tres derechos de la personalidad.

---

<sup>90</sup> ROJO AJURIA, L., “La tutela civil del derecho a la intimidad”, *ADC*, I-III, 1986, p. 149.

<sup>91</sup> CLAVERIA GOSÁLBEZ, L. H., “Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la ley orgánica 1/82, de 5 de mayo”, *ADC*, octubre-diciembre 1983, pp. 1243-1261.

<sup>92</sup> PUIG BRUTAU, F., *La protección del derecho al honor, a la intimidad, y a la propia imagen en Fundamentos de derecho civil, T.II, vol.3º*, Barcelona, 1983, p. 232.

### 2.3.2. Ámbito de protección

Para determinar el ámbito de protección de los derechos al honor, la intimidad y a la propia imagen en la LOPDH, hay que acudir a los casos contemplados en el art. 7 tratados de forma negativa. De los supuestos que constituyen intromisiones ilegítimas enumeradas en el citado art. 7, los cuatro primeros se refieren a la protección de la intimidad, el quinto y sexto a la protección a la imagen y el séptimo y octavo a la protección al honor. Pero en ningún caso son consideradas por la jurisprudencia como *númerus clausus*, sino abierto a nuevos supuestos que presente la realidad social<sup>93</sup>. En su contenido, se describe las conductas que constituyen intromisión ilegítima, pero no distingue cuales son atentatorias contra cada uno de estos derechos, pese a ser considerarlos distintos en su Exposición de Motivos. Algunos autores como ALEGRE MARTÍNEZ<sup>94</sup>, SERRANO ALBERCA<sup>95</sup> y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO<sup>96</sup> coinciden en que son intromisiones en la intimidad personal las conductas comprendidas en los apartados 1º a 4º, las del 3º afectarían a la intimidad y al honor, el 7º sólo al honor y los 5º y 6º al derecho a la imagen, concretamente el primero, protegería la imagen física como objeto de un derecho de la personalidad y el segundo, la imagen física en su dimensión patrimonial, según SALVADOR CODERCH<sup>97</sup> el primero, es un *personal right* y el segundo, un *property right*. Para RUIZ MIGUEL<sup>98</sup> el apartado 3º parece guardar relación más directa con la intimidad que con el honor, pues alude al derecho

---

<sup>93</sup> La doctrina es mayoritaria al afirmar que los supuestos del art. 7 de la LO 1/82 constituyen una lista abierta de las posibles intromisiones ilegítimas que pueden sufrir los derechos al honor, la intimidad y la imagen. Así, CABEZUELO ARENAS, ob. cit., p. 108, DIEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, ob. cit., vol. I, pp. 360-361, LÓPEZ DÍAZ, ob. cit., pp. 103 y ss., CLAVERÍA GOSÁLBEZ, ob. cit., pp. 1243 y ss., VIDAL MARÍN, ob. cit., pp. 115 y ss. y PLAZA PENADÉS, J., *El derecho al honor y la libertad de expresión*, Valencia, 1996, p. 132. En contra, HERRERO-TEJEDOR ALGAR, ob. cit., pp. 170 y ss. e IGARTÚA ARREGUI, F.; "La protección del honor y la intimidad. Comentario a la Sentencia de la Sala Primera del TS de 4 de noviembre de 1986", *Poder Judicial*, 1987, p. 96.

<sup>94</sup> ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., *El derecho a la propia imagen*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 42.

<sup>95</sup> SERRANO ALBERCA, J. M., *Comentario al artículo 18 de la Constitución en GARRIDO FALLA y otros Comentarios a la Constitución*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1985, pp. 359-360.

<sup>96</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Derecho privado y derecho de la persona*, 5ªed., Bercal S.A., Madrid, 2011, p. 97.

<sup>97</sup> SALVADOR CODERCH, ob. cit., p. 91.

<sup>98</sup> RUIZ MIGUEL, ob. cit., pp. 113 y ss.

## **CAPÍTULO PRIMERO: CUESTIONES INTRODUCTORIAS. LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN**

---

de rectificación, el cual, en su opinión, solo ofrece protección frente al honor y no la propia intimidad o imagen.

Por otra parte, el art. 8.1 establece que no se reputarán, intromisiones ilegítimas al honor, a la intimidad y a la propia imagen, “... *en aquellas actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley, o cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante*”. En cambio, el art. 8.2 únicamente se refiere al derecho a la propia imagen; y, si bien el primer apartado alude a los tres derechos, el segundo solo a la imagen. Pero donde la doctrina ha sido muy crítica ha sido respecto a las causas justificativas de su intromisión, (interés histórico, científico o cultural), por considerar su enumeración *inadecuada*<sup>99</sup>, *vaga*<sup>100</sup> o *redundante*<sup>101</sup>. Pese a ello, en mi opinión el fundamento de tales limitaciones reside en el interés de la colectividad o interés público como se pone de manifiesto claramente en su Exposición de Motivos, debiendo abarcar cualquier otro interés que responda a la idea de interés público como por ejemplo un interés social o político que puede reconducirse a cualquiera de los intereses recogidos en la ley.

Como consecuencia de promulgarse la LOPDH que pasa a ser regla general se convierte el art. 1902 CC en regla especial (de aplicación subsidiaria, en particular a lo que se refiere a la reparación del daño moral). Además, se ha de tener en cuenta la intensa labor jurisprudencial del TC y del Tribunal Supremo (TS) para: perfilar el concepto y delimitación de los citados derechos de la personalidad, proteger los derechos al honor, a la intimidad y a la imagen de personas públicas y simples particulares, y ponderar la colisión con otros derechos fundamentales concretamente los derechos a la libertad de expresión e información.

---

<sup>99</sup> ROVIRA SUEIRO, ob. cit., pp. 94-95.

<sup>100</sup> ROYO JARA, ob. cit., p. 162.

<sup>101</sup> GITRAMA GONZÁLEZ, ob. cit., pp. 227 y 354.



### 3. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN

#### 3.1. EL DERECHO AL HONOR

El TC no ha obviado la dificultad para elaborar un concepto de derecho al honor, reconociendo su carácter circunstancial y relativo. Tal y como reiteradamente ha señalado es un *“Concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento”*<sup>102</sup>. Y se refiere al honor cuando estamos ante *“Un juicio negativo sobre una persona que la hace desmerecer en la consideración ajena”*<sup>103</sup>. Pese a aceptar el hecho de ser un concepto jurídico indeterminado, no ha renunciado a ofrecer un contenido constitucional abstracto del mismo. En tal sentido, ha definido su contenido afirmando que este derecho protege frente a atentados en la reputación personal, entendida como la apreciación que los demás pueden tener de una persona, independientemente de sus deseos<sup>104</sup>, impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de la persona a la que se refieran<sup>105</sup>. Asimismo, sostiene que *“...cualquiera que fueron éstos, la divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona que la difamen o hagan desmerecer en la consideración ajena o que afecten a su reputación y buen nombre ha de ser calificada como intromisión ilegítima en el ámbito de protección del derecho al honor”*<sup>106</sup>. Y afirma que *“...los órganos judiciales dispongan de un cierto margen de apreciación a la hora de concretar en cada caso qué deba tenerse por lesivo del derecho fundamental que lo protege”*. Para ello, los primeros años acogió la tradicional distinción entre honor en sentido objetivo y subjetivo. Pero desde la Sentencia de

---

<sup>102</sup> SSTC 180/1999, de 11 de octubre, FJ 4; 52/2002 de 25 de febrero, FJ 5 y 51/2008, de 14 de abril FJ 3.

<sup>103</sup> STC 138/1996 de 16 de septiembre, FJ 5º.

<sup>104</sup> STC 14/2003, de 28 de enero, FJ 12.

<sup>105</sup> STC 216/2006, de 3 de julio FJ 7.

<sup>106</sup> En este sentido, cabe mencionar las SSTC 2544/2003, de 30 de junio; 49/2001, de 26 de febrero; 297/2000, de 11 de diciembre; 180/1999, de 11 de diciembre; 76/ 1995, de 22 de mayo y 170/1994, de 7 de junio.

## **CAPÍTULO PRIMERO: CUESTIONES INTRODUCTORIAS. LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN**

---

marzo de 1987<sup>107</sup>, reitera que el honor se configura en dos vertientes: una subjetiva (*inmanencia*), representado por la estimación que cada persona hace de sí misma, y otra objetiva (*trascendencia*), integrado por el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad. En la actualidad, el TC parece haber abandonado la vertiente subjetiva e incide únicamente en la objetiva<sup>108</sup>,

El TC se ha ocupado sobre todo del honor en relación con las libertades de expresión e información como “... límite a la libertad del art. 20.4 de la CE de suerte que las intromisiones al honor y en la intimidad personal requieren que el asunto del que se informa tenga interés general, pues, en otro caso, el derecho a la información se convertiría en una cobertura formal para atentar abusivamente y sin límite alguno contra el honor y la intimidad...”. Y como “un derecho fundamental protegido por la CE...”<sup>109</sup>. Así, es interesante la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 41/94<sup>110</sup>, en la que se manifiesta que “...existe intromisión cuando mediante el ejercicio de las libertades de información y expresión, se produzca un menoscabo de la dignidad o un desmerecimiento de determinada persona en la consideración ajena, pero siempre que concorra alguna de las siguientes circunstancias: los hechos o expresiones carezcan de interés público, por la materia o por las personas a que se refieren; la información carezca del requisito de la veracidad; los hechos o expresiones se emitan a través de canales irregulares de formación de la opinión pública; y se utilicen expresiones claramente vejatorias sin ninguna relación con el asunto de interés general objeto de la noticia.”

En nuestra CE, el derecho al honor tiene un significado personalista, y aunque el honor como manifestación de la dignidad humana en principio es un valor que cabe proclamar únicamente de personas físicas, sin embargo, el derecho al buen nombre y a la reputación no es patrimonio exclusivo de éstas. En consecuencia, también las

---

<sup>107</sup> La LEY 154969-JF/00000.

<sup>108</sup> STCC 223/92 de 14 de diciembre y 76/95 de 22 de mayo.

<sup>109</sup> STC 219/1992 de 3 de diciembre FJ 2º y STC 217/2003 de 30 de junio, FJ 6º.

<sup>110</sup> Caso Parque Natural de Covadonga.

personas jurídicas son titulares de este derecho y pueden tutelarlos frente a una intromisión ilegítima. Después de la promulgación de la LOPDH, el TC ha tardado diez años en reconocer a las personas jurídicas la posibilidad de ser titulares del derecho honor<sup>111</sup>.

La primera sentencia en la cual la jurisprudencia reconoció que el derecho al honor era indemnizable al amparo del art. 1902 CC ha sido la del TS de fecha 6 de diciembre de 1912<sup>112</sup>. Por su parte, el TS también ha delimitado el concepto y contenido de este derecho, pero desde la jurisprudencia tradicional hasta la actualidad se ha identificado tanto con la vertiente objetiva como subjetiva, tal como se recoge en las SSTS de 2 de marzo de 1989, de 27 de enero de 1990<sup>113</sup>, de 7 de marzo de 2006<sup>114</sup> de 16 de febrero y 1 de junio de 2010<sup>115</sup>. Es decir, comprende la autoestima (dimensión subjetiva) y la estima social (dimensión objetiva)<sup>116</sup>. Igualmente, ha señalado que el derecho al honor es un derecho fundamental que deriva de la dignidad humana, esto significa que se remite a la misma para delimitar el derecho al honor<sup>117</sup>, como lo declaró en la STS de 9 de octubre de 1997. En cuanto al ámbito de extensión, tanto la jurisprudencia constitucional como la ordinaria consideran incluido en la protección del honor el prestigio personal como así lo reflejan las SSTS 17 de mayo de 2012<sup>118</sup>, de 18 de febrero de 2013<sup>119</sup>, de 21 de enero de 2013<sup>120</sup> y 5 de febrero de 2013<sup>121</sup> cuando proclaman que “...el derecho al honor protege frente a atentados en la reputación personal entendida como la apreciación que los demás puedan tener de una persona independientemente de sus deseos, impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que

---

<sup>111</sup> STC 214/1991 de 11 de noviembre, FJ 4º. En este caso a los integrantes del pueblo judío que sufrieron los horrores del nacional-socialismo. STC 139/1995 de 26 de septiembre, FJ. 3º.

<sup>112</sup> Se refería a un sacerdote de Marcia, que pudo demostrar el perjuicio sufrido a causa de una noticia falsa relativa a su persona que afectaba a su profesión y que había sido difundido por la prensa de la región.

<sup>113</sup> SSTS de fecha 5 de diciembre de 1989, 23 de marzo de 1987 y 26 de junio de 1987 entre otras.

<sup>114</sup> RJ 2006, 5695.

<sup>115</sup> SSTS de 16 de febrero de 2010 y 1 de junio de 2010.

<sup>116</sup> SSTS 22/7/2008 RJ 2008/4614; 26/2/2009 RJ 2009/1517 y 24/4/2009 RJ 2009/3166.

<sup>117</sup> SSTS de fecha 16 de enero de 1991; 28 de febrero de 1992 y 31 de julio 1992.

<sup>118</sup> LA LEY 83079/2012, Rec. 1738/2010.

<sup>119</sup> LA LEY 7025/2013, Rec. 1229/2011.

<sup>120</sup> LA LEY 473/2013, Rec. 26/2009.

<sup>121</sup> LA LEY 6610/2013, Rec. 12557/2011.

## **CAPÍTULO PRIMERO: CUESTIONES INTRODUCTORIAS. LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN**

---

*provoquen objetivamente el descrédito de aquella*” Finalmente, el TS considera a las personas jurídicas como titulares de este derecho de tal manera que pueden tutelarlos frente a una intromisión ilegítima, por ejemplo así lo indican las SSTs de 21 de diciembre de 2009, de 17 de mayo de 2012 o de 18 de febrero de 2013.

En cuanto a la jurisprudencia europea, el derecho al honor no se recoge en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), consecuentemente no hay jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que lo defina. A sensu contrario, se deduce del art.10<sup>122</sup> (libertad de expresión) como mero límite al derecho reconocido de la libertad de expresión (art. 10. 2 CEDH, bajo la expresión “*reputación ajena*”). Por lo tanto, la doctrina elaborada por el TEDH, se aborda desde el prisma de “*reputación ajena*” y no de honor, con lo que la referencia al mismo se hace desde la dimensión objetiva. En cambio, el TEDH ha analizado más asiduamente el ámbito de protección de la reputación tanto las personas públicas como privadas y en ese sentido, cabe mencionar la Sentencia de fecha 8 de julio de 1986 Caso Lings, que establece los límites previstos en el art. 10.2 CEDH, o las Sentencias de fecha 23 de abril de 1992, Caso Castell; de fecha 29 de febrero de 2000, Caso Fuentes Bobo, etc., en las cuales se reitera que el ámbito de protección de la reputación del personaje público se reduce en aras al interés público de la información.

### **3.2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR**

Nuestro TC no ha entrado nunca a definir de forma explícita el derecho a la intimidad, más bien ha preferido hacer referencia expresa a la dificultad de su conceptualización antes de acotar su contenido con nitidez<sup>123</sup>. Hoy en día, viene asumiendo una definición concreta que lo identifica con las zonas de retiro y de secreto de cada uno y resolviendo reiteradamente en sus Sentencias que el derecho

---

<sup>122</sup> Sentencias, Caso Barfod c. Dinamarca, de 22 de febrero de 1989, Caso Oberschlick c. Austria, de 23 de mayo de 1991.

<sup>123</sup> STC 110/1984, de 26 de noviembre FJ. 3º.

fundamental a la intimidad reconocido por el art. 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE) frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares, como así lo exponen las SSTC 134/1999, de 15 de julio de 1999; 99/2002 de 6 de mayo de 2002; 85/2003, de 8 de mayo de 2003. Especialmente significativa ha sido la STC 231/1988, de 2 de diciembre de 1988<sup>124</sup>, que atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo al personal sino también al familiar frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no deseada. Con lo cual, supone el reconocimiento de una esfera privada, cuyo contenido son los datos no íntimos pero que el individuo desea mantener privados y decidir sobre el conocimiento que los demás han de tener de ellos; e incide en atribuir a su titular “...*el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida*”<sup>125</sup> y, en consecuencia, “...*el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido*”<sup>126</sup>. Además, resalta la “...*conexión necesaria que ha de existir entre el derecho en cuestión (la intimidad) y la esfera reservada para sí por el individuo, en los aspectos más básicos de su autodeterminación como persona*”<sup>127</sup>. Esta matización es importante, pues no se puede hablar de intimidad sin una “*esfera reservada para sí por el individuo*” ya que se trata de una “*conexión necesaria*”. Por lo tanto, nos permite determinar que la intimidad por una parte es “...*una esfera reservada para sí por el individuo*” y por otra es un derecho que otorga a su titular “*el poder de resguardar un ámbito propio separado*”. Por ello, se funda “...*en la necesidad de garantizar la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los*

---

<sup>124</sup> “...*el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida privada y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; (...). Sin duda, será necesario, en cada caso, examinar de qué acontecimientos se trata, y cuál es el vínculo que une a las personas en cuestión...*”.

<sup>125</sup> SSTC 231/1988, de 2 de diciembre; 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 11; 60/2010, de 7 de octubre, FJ 8 y 12/2012, de 30 de enero, FJ 5.

<sup>126</sup> SSTC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2, y 206/2007, de 24 de septiembre.

<sup>127</sup> STC 142/1999 de 9 de mayo, FJ 6º.

## **CAPÍTULO PRIMERO: CUESTIONES INTRODUCTORIAS. LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN**

---

*demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana*<sup>128</sup>.

En cuanto a la determinación o delimitación del ámbito de protección del derecho a la intimidad, dependerá en primer lugar, de lo que cada persona establezca que debe ser considerado íntimo en su vida, desempeñando un papel decisivo el principio de los actos propios, de manera tal, que cuando alguien desvela datos de su vida privada, éstos quedan excluidos de la protección de este derecho. En segundo lugar, de las leyes, en este caso, la Ley 1/82, recoge en su art. 2 cuándo no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima y en su art. 7 las conductas antijurídicas que pueden dar origen a indemnizaciones o reparaciones civiles. Y por último, de los usos sociales, lo que implica “...*la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana*”<sup>129</sup>. En la línea de intentar perfilar la extensión del derecho a la intimidad personal, el TC considera que una de sus manifestaciones es la intimidad corporal. Y en ese sentido, toda persona tiene derecho a no someterse a una prueba practicada con el fin de averiguar una determinada información que ese sujeto puede no querer desvelar. No obstante, podría ceder si se dan los requisitos exigibles a todo límite de un derecho fundamental y la adopción de la medida está prevista legalmente. Con estas pautas deben ser analizados los supuestos de pruebas de alcoholemia, de paternidad y maternidad, observaciones radiológicas sobre presos, etc.<sup>130</sup>. Y además, se extiende no sólo a aspectos personales de la propia vida, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 CE protegen. Será necesario, en cada caso, examinar de qué acontecimientos se trata, y

---

<sup>128</sup> STC 12/2012, de 30 de enero, relativa a intromisión ilegítima producida por un reportaje de cámaras.

<sup>129</sup> STC 231/1988 de 2 de diciembre FJ 4º.

<sup>130</sup> STC 204/2000 de 24 de julio; 37/1989 de 15 de febrero FJ 7º y STC 137/1990 de 26 de marzo, FJ 3º.

cuál es el vínculo que une a las personas en cuestión; pero al menos, no cabe duda que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de la personalidad<sup>131</sup>.

Por último, la titularidad del derecho a la intimidad corresponde a las personas individuales, cuya vida privada protege. Así pues, su ámbito de protección no se extiende, en principio, a las personas jurídicas, de forma que la reserva sobre sus actividades disfruta de la protección que le otorgue la ley.

Por otra parte, la primera STS de 28 de octubre de 1986<sup>132</sup> relativa a la intimidad resalta que *“...la esfera de la intimidad personal está determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad, y por el propio concepto que cada persona, según sus actos propios, mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento...”*. Y la STS de 26 de septiembre de 2008 reitera que *“...el derecho a la intimidad implica la existencia de un ámbito propio y reservado de la vida frente a la acción y el conocimiento de los demás referido preferentemente a la condición imprescindible para una mínima calidad de vida, especialmente, en momentos en que los avances tecnológicos facilitan extraordinariamente las intromisiones sin conocimiento del titular, siendo garantía del desarrollo de la personalidad de cada individuo en su relación con los semejantes imponiendo a los terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en esa esfera y la prohibición de hacer uso de lo conocido, salvo justificación legal o consentimiento del afectado”*. Es ilustrativa la STS de 4 de diciembre de 2012<sup>133</sup> en la que se argumenta claramente el objeto del derecho a la intimidad personal y familiar que la jurisprudencia del TS actualmente viene reiterando, cual es garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, frente a la acción y conocimiento de los demás, sean particulares o poderes públicos. El derecho

---

<sup>131</sup> STC 231/1988 de 2 de diciembre FJ 4º, y 197/1991 de 17 de octubre FJ 3º.

<sup>132</sup> STS 28 de Octubre de 1986. Caso Isabel Pantoja. FJ 6º.

<sup>133</sup> RJ 2013, 910.

## **CAPÍTULO PRIMERO: CUESTIONES INTRODUCTORIAS. LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN**

---

a la intimidad también se encuentra ligado con el derecho a la dignidad de la persona (sobre todo en una sociedad como la actual, de fácil acceso a la información y en que son más probables las injerencias o los ataques a la intimidad) es garantía del desarrollo de la personalidad del individuo, y permite delimitar el ámbito o círculo de la propia vida que se quiere salvaguardar o poner a resguardo del conocimiento ajeno, por lo cual, en lo que atañe a ese ámbito reservado, se impone correlativamente a los terceros la prohibición de intromisión o injerencia. Y en esa línea, se expresan las SSTS de 1 de marzo de 2010<sup>134</sup>, 17 diciembre de 2012<sup>135</sup> y de 18 de febrero de 2013<sup>136</sup>. Asimismo, para determinar la extensión o el ámbito de protección del derecho a la intimidad, se tiene muy en cuenta la conducta del propio sujeto, como así lo exponen las SSTS de 19 de marzo de 2012<sup>137</sup> y de 18 abril de 2012<sup>138</sup>.

Ya en relación a la jurisprudencia del TEDH, decir que el art. 8 CEDH se refiere al derecho a la vida privada, siendo interpretado y defendido por algunos autores como el equivalente al derecho a la intimidad personal recogida en el art. 18 de nuestra CE. De ahí, que al interpretar estos conceptos haya otorgado un mayor contenido a la intimidad personal de lo que ha hecho nuestro TC, y a la hora de identificar ambos conceptos (intimidad y el *Light of privacy*) -al menos en cuanto a su núcleo esencial se refiere-, se concreta básicamente en la posibilidad de establecer concretos espacios, zonas o ámbitos protegidos frente a cualquier injerencia externa. Por lo que la expresión “*derecho a la vida familiar*” del art. 8 CEDH y su uso como criterio interpretativo del “*derecho a la intimidad personal y familiar*” (art. 18.1 CE) plantea más cuestiones. Pues aunque en términos generales no existe problema en reconocer que ambas expresiones pretenden garantizar la intimidad o vida privada, el

---

<sup>134</sup> LA LEY 4170/2010, Rec. 154/2007.

<sup>135</sup> LA LEY 209136/2012, Rec. 2229/2010

<sup>136</sup> LA LEY 5157/2013, Rec. 438/2011.

<sup>137</sup> Se resuelve el recurso de casación interpuesto por D. Francisco Rivera Ordoñez contra determinadas informaciones aparecidas en una cadena de Televisión en relación con su boda con la hija de la duquesa de Alba.

<sup>138</sup> Se resuelve el recurso de casación interpuesto por D. Gonzalo Miró contra las informaciones aparecidas en determinados medios de comunicación alrededor de su relación sentimental con la hija de la duquesa de Alba.



ámbito de protección del citado precepto, tal y como fue concebido originariamente no coincide con el actual. De ahí, que sea necesaria una interpretación amplia y dinámica sobre el bien jurídico que se protege pues inciden las circunstancias históricas, sociales y morales de cada momento. Y así, la jurisprudencia del TEDH lo ha ido reflejando en la interpretación del mencionado art. 8 CEDH y, consecuentemente, en el ámbito de protección reconocido al derecho a la vida privada. La noción de “*vida privada*” utilizada por el TEDH, aun siendo amplia no es exhaustiva, y abarca tanto la integridad física como moral de la persona y en esta dirección, se interpreta el referido precepto al proteger tanto el derecho al desarrollo personal como el derecho a establecer y mantener relaciones con otras personas y la sociedad. Además, tal concepto incluye las actividades profesionales -o comerciales-, pues entiende que es en el trabajo donde las personas realizan la mayoría de sus relaciones con el mundo exterior, por lo que el domicilio puede comprender aspectos tales como, por ejemplo un despacho profesional. De igual manera, las comunicaciones o correspondencia profesional también quedan amparadas en el mismo (e incluso, en determinadas circunstancias, pueden estar incluidas dentro de la vida privada las llamadas efectuadas desde el lugar de trabajo). En definitiva, para el TEDH el derecho a la intimidad de la vida privada debe entenderse como el derecho a no ser importunado, pero no a “*vivir perfectamente de incógnito*”. Por consiguiente, toda persona puede pretender no ser importunada mientras su vida privada no se enlace con la vida privada de los demás (en caso contrario podría estarse ante supuestos de calumnia o difamación).

### **3.3. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN**

EL TC ha definido el derecho a la imagen como “*Un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana, dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública*”. Además, añade que “*La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en*

## **CAPÍTULO PRIMERO: CUESTIONES INTRODUCTORIAS. LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN**

---

*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*". Y perfilando aún más su concepto, afirma que *"Se trata de un derecho constitucional autónomo que dispone de un ámbito específico de protección frente a reproducciones de la imagen que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima, pretendiendo la salvaguarda de un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás. Por ello, atribuye a su titular la facultad para evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya 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 propio reconocimiento como sujeto individual"*<sup>139</sup>. De tales definiciones se puede obtener varias conclusiones: Que el derecho fundamental a la propia imagen atribuye a su titular la facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de toda persona, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual<sup>140</sup>. Que el derecho a la propia imagen impide no solo la obtención, sino también la publicación o reproducción por un tercero de una imagen que contenga los rasgos físicos que permitan reconocer su identidad<sup>141</sup>. Que la protección del derecho a la imagen se extiende incluso a los supuestos en que se capte la fotografía en un lugar público, sin consentimiento de la persona fotografiada<sup>142</sup>. Y que el TC se hace eco del concepto o ámbito positivo y un concepto o ámbito negativo del derecho a la imagen recogido en la doctrina general, como así consta en las SSTC 81/2001, de 26 de marzo, 156/2001, de 2 de julio, 14/2003, de 28 de enero, 127/2003, de 30 de junio, y 72/2007, de 16 de abril.

---

<sup>139</sup>SSTC 81/2001, de 26 de marzo, 156/2001, de 2 de julio, 46/2002, de 25 de febrero, 14/2003, de 28 de enero, 127/2003, de 30 de junio y 158/2009, de 29 de junio.

<sup>140</sup> Vid. SSTC, 99/1994 de 11 de abril y 81/2001 de 26 de marzo.

<sup>141</sup> Vid. SSTC 156/2001 de 2 de julio, 83/2002 de 22 de abril y 14/2003 de 28 de enero.

<sup>142</sup> Vid. STC 300/2006, de 23 de octubre.

No debemos olvidar, que el derecho a la imagen reconocido en el art. 18.1 CE, es el más reciente en su configuración pues siempre se le entendió como una manifestación de la intimidad. Podemos sintetizar la doctrina del TC en los siguientes puntos: El derecho a la propia imagen “...se conforma como algo más profundo y global que el puro aspecto físico”<sup>143</sup>. El derecho a la propia imagen “...es un bien de la personalidad que pertenece al ámbito de la vida privada”<sup>144</sup>. El interés jurídico protegido es “...un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído de intromisiones extrañas”<sup>145</sup>. Al referirse al ámbito de protección de este derecho “La imagen forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente o irreducible a toda persona”<sup>146</sup>. Y se excluye del ámbito constitucional de protección del derecho a la propia imagen el aspecto patrimonial<sup>147</sup>. El reconocimiento del derecho a la propia imagen del art. 18.1 se refiere exclusivamente a personas vivas<sup>148</sup>. En definitiva, son muchas las Sentencias que se refieren a este derecho, pero es relevante la STC 23/2010<sup>149</sup>, de 27 abril que analiza exhaustivamente el concepto y ámbito de protección del mismo.

Por su parte, el TS ha configurado el derecho a la propia imagen siguiendo la línea marcada por el TC<sup>150</sup>, sirva como ejemplo la STS de 1 de marzo de 2010<sup>151</sup> “...la facultad concedida a todo individuo para evitar que los demás reproduzcan caracteres esenciales de su figura sin su conocimiento”. Otras sentencias de interés son las SSTS de

---

<sup>143</sup> STC 170/ 87, de 30 de octubre.

<sup>144</sup> *Ibidem*.

<sup>145</sup> *Ibidem*.

<sup>146</sup> *Ibidem*.

<sup>147</sup> STC 81/2001, de 26 de marzo (RTC 2001,81).

<sup>148</sup> STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ. 3.

<sup>149</sup> RTC 2010, 23.

<sup>150</sup> El precedente jurisprudencial lo encontramos en una Sentencia de la Audiencia Territorial de fecha 6 de junio de 1967 en la que se resolvía el conocido litigio del “pregonero de las fiestas del Pilar” cuya efigie que aparecía en los carteles publicitarios de las fiestas de dicha ciudad, fue utilizada posteriormente, sin su consentimiento por el Banco Hispano Americano, al patrocinar una guía de Zaragoza.

<sup>151</sup> LA LEY 4170/2010, Rec. 154/2007.

## **CAPÍTULO PRIMERO: CUESTIONES INTRODUCTORIAS. LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN**

---

17 de octubre de 2011<sup>152</sup> (imagen errónea de víctima violencia de género acompañando noticia) y de 24 de julio de 2012<sup>153</sup>. Asimismo, el TS también reconoce el derecho a la imagen como autónomo como manifiesta la STS de 7 de mayo de 2012<sup>154</sup>. En cuanto a la extensión o ámbito de protección de este derecho, se detalla en la STS de 11 de noviembre de 2008. De tal manera que no se puede confundir interés público con curiosidad ajena y la injerencia en la propia imagen no devendrá legítima cuando, como sucede en muchas ocasiones en el ámbito de la prensa del corazón, lo perseguido son beneficios económicos a base de satisfacer únicamente el anhelo de “cotilleo” por parte de determinados sectores de nuestra sociedad sobre aspectos de la vida privada de los famosos revelados a través de la captación y publicación de su imagen. Finalmente, el TS si tutela el aspecto patrimonial del derecho a la propia imagen.

En cuanto al Tribunal Europeo, debemos resaltar que el art. 8 CEDH tampoco recoge el concepto del derecho a la imagen como derecho autónomo, ni el TEDH aporta interpretación alguna concreta sobre el mismo. Por el contrario, es partidario de integrarlo en el derecho a la intimidad, como se manifiesta en una relevante Sentencia del TEDH, asunto *Reklos*<sup>155</sup>, en la que ha ampliado el alcance del derecho a la intimidad incluyendo la imagen, al sentenciar que un fotógrafo violó la intimidad de alguien solamente al tomar una fotografía, aun cuando aquella fotografía nunca fue publicada. Dejando atrás anteriores sentencias en las que el elemento determinante para que existiera ilícito o vulneración de la intimidad era la publicación y difusión de la imagen (vulneración de la intimidad a través de la imagen). En ese sentido, el TEDH ha manifestado que el solo hecho de tomar la fotografía sin consentimiento del perjudicado supone una vulneración del derecho a la vida.

---

<sup>152</sup>LA LEY 205981/2011, Rec. 299/2010.

<sup>153</sup> LA LEY 139981/2012, Rec. 355/2011.

<sup>154</sup>LA LEY 60542/2012, Rec. 1805/2010

<sup>155</sup> STEDH asunto *Reklos and Davourlis v. Grecia*, de 15 de enero de 2009.

## **4. COLISIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN CON LOS DERECHOS A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y EXPRESIÓN**

### **4.1. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA**

Dada la laxitud con que se concibe la intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad, así como su ausencia de matices, es obvio que son los propios órganos jurisdiccionales los que analizando caso por caso concreto determinarán cuáles serán las conductas que supongan una lesión o no en los derechos al honor, intimidad e imagen. Dicho de otra manera, serán los jueces quienes resuelvan cuál de los derechos a las libertades de expresión y de información (art. 20.1 CE) y los derechos al honor, intimidad y propia imagen (art. 18.1 CE) ha de considerarse preeminente y más digno de protección a través del correspondiente juicio de ponderación<sup>156</sup>. Toda vez que estos últimos se encuentran limitados, aunque no de forma absoluta, pues su contenido vendrá delimitado por otros derechos y bienes constitucionalmente reconocidos y protegidos como puede ser los derechos fundamentales a la libertad de información (art. 20.1 d) CE) y de expresión (art. 20.1 a) CE). El primero, confiere el derecho de comunicar y recibir libremente información veraz, por cualquier medio de difusión y el segundo, el derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier medio de reproducción. Anticipar, que se trata de dos derechos autónomos, pese a que ocasionalmente su ejercicio se pueda llevar a cabo de forma conjunta, sobre todo en el ámbito de los medios de comunicación, pues a la hora de redactar y emitir noticias, es normal que los periodistas incluyan sus propias opiniones<sup>157</sup>. Además, se debe tener en cuenta que la libertad de expresión tiene un campo de acción más amplio que la libertad de

---

<sup>156</sup> Por ponderación se entiende, el examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de los derechos colisionados resulta afectado, con el fin de elaborar una regla que permita, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso mediante su subsanación en ella. En ese sentido, numerosas Sentencias se refieren a las técnicas de ponderación como por ejemplo SSTS de 25 de marzo de 2012 (RJ 2013/3682); 11 de junio de 2012 (RJ 2012, 8850); de 21 de enero de 2013 (RJ2013, 926).

<sup>157</sup> SANJURJO REBOLLO, B., *Manual de Derecho de la Información*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 65.

## **CAPÍTULO PRIMERO: CUESTIONES INTRODUCTORIAS. LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN**

---

formación, al no operar en el ejercicio de aquélla el límite interno de veracidad que es aplicable a ésta, lo que se justifica en que tiene por objeto presentar ideas, opiniones o juicios de valor subjetivos que no prestan una demostración de su exactitud<sup>158</sup>. Para valorar si se ha hecho un uso adecuado de la libertad de expresión, se deben tener en cuenta una serie de límites constitucionales: respeto de los derechos del art. 18.1 CE<sup>159</sup>, relevancia pública de lo libremente expresado<sup>160</sup> y exclusión de expresiones insultantes, pues tal y como sostiene reiteradamente la Jurisprudencia, *“La libertad de expresión no otorga un derecho al insulto”*. Respecto al derecho de información, prevalecerá si se cumplan dos requisitos: veracidad y necesidad o proporcionalidad. No obstante, es preciso señalar que el requisito de la veracidad merece distinto tratamiento, según se trate del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Mientras que en el primero funciona como causa legitimadora de la intromisión, en el segundo, es presupuesto necesario para que la intromisión se produzca, dado que la realidad de ésta requiere que sean veraces los hechos de la vida privada que se divulga y respecto al tercero, para que prevalezca la libertad de información, es exigible la veracidad respecto de las imágenes divulgadas<sup>161</sup>.

En el TC, el conflicto surgido entre los referidos derechos ha pasado por diversas etapas jurisprudenciales, experimentado una notable evolución en su doctrina, que se puede resumir fundamentalmente en tres fases: Primera, en la que se daba una tutela hegemónica de los derechos al honor, intimidad y propia imagen del art. 18 CE por considerar que eran inseparables de la dignidad humana que a su vez consagra el art. 10 CE. En tal sentido, las primeras Sentencias que resuelven esta confrontación de derechos, optan por el régimen de exclusión. Línea jurisprudencial seguida también por el TS que en ese momento se sustentaba sobre la presencia del

---

<sup>158</sup> Al respecto, cabe citar la STS de 16 de octubre de 2012 (RJ 2012, 9715) y STS 4 de diciembre de 2012 (RJ 2013, 195).

<sup>159</sup> En ese sentido, vid. el art. 20.4 CE.

<sup>160</sup> STC 148/2001, de 27 de junio (RTC 2001, 148), sobre la ponderación constitucional entre el derecho al honor y las libertades informativas, cuando el titular del derecho vulnerado es un personaje público.

<sup>161</sup> LORENTE LÓPEZ, M. C., *Los derechos al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen del Menor*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 74.

*animus iniurandi* y excluía cualquier otra consideración sin entrar al fondo de los asuntos, limitándose a recoger si la actuación era la adecuada o no. En consecuencia, si se vulneraba el derecho al honor, la libertad de expresión no podía entrar en juego, quedando excluida por la propia ofensa del honor, y así lo razonaban las SSTs de 19 de enero de 1988<sup>162</sup> y de 28 de octubre de 1988<sup>163</sup>. En una segunda etapa intermedia, se produjo una inversión iniciada con la STC 104/86 donde se realiza un importante giro jurisprudencial y lo hace afirmando que las libertades del art. 20.1 CE no son sólo derechos fundamentales, sino que sustentan una institución política fundamental, la opinión pública libre. Por consiguiente, se da mayor relevancia a las libertades en la comunicación pública recogidas en el citado art. 20 CE que a los derechos del mencionado art. 18.1 CE porque entiende que son garantía “...de una institución pública libre, indisolublemente ligada al pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito de funcionamiento del Estado democrático”<sup>164</sup>. En igual dirección, la STC 159/1986 de 16 de diciembre, que proclama con mayor intensidad, el régimen de concurrencia normativa y no de exclusión entre los derechos del referido art. 18.1 y las libertades del reiterado art. 20.1 CE, y la posición preferente de las citadas libertades y la necesidad de interpretar restrictivamente sus límites para evitar que el núcleo de la libertad de expresión o información no quede desnaturalizado. Al respecto, la STS de 6 de junio de 1990<sup>165</sup>, recaída en el caso José María García, abre definitivamente paso a la llamada tesis de “la tutela condicionada de los derechos a la libertad de expresión e información”, en la cual se adujo que ya no cabía dar una protección tan omnímoda a ambas libertades, sino que estaba condicionada por el amparo que a su vez merecían los derechos al honor, intimidad e imagen por cuanto que los mismos forman parte de la esfera privada de las personas, siendo asimismo de rango fundamental como aquéllas. Con lo cual, la tesis imperante desde 1990 hasta fechas recientes, apuntaba a que la libertad de expresión del art. 20.1 CE debía prevalecer con el límite siempre del honor del art. 18.1 CE, que a su vez se sustentaba sobre la base de la dignidad humana del art. 10 CE (asimismo, la libertad de

---

<sup>162</sup> STS de 19 de enero de 1988, ponente Casares Córdoba.

<sup>163</sup> STS de 28 de octubre de 1988, ponente Latour.

<sup>164</sup> STC 12/1982, de 31 de marzo FJ 3º.

<sup>165</sup> STC 105/1990, de 6 de junio.

## **CAPÍTULO PRIMERO: CUESTIONES INTRODUCTORIAS. LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN**

---

información se limitaba con la veracidad u obligación diligente que incumbía al informador de haber contrastado la verosimilitud de la información; por tanto, no entendida como verdad absoluta).

Actualmente, el TC ha mantenido la anterior tesis, pero en caso de conflicto entre los derechos del art. 18.1 y 20 CE reitera que “...el enjuiciamiento por parte de este Tribunal no debe limitarse a examinar la razonabilidad de la motivación de la resolución judicial, ya que no se trata aquí de comprobar si dicha resolución ha infringido o no el art. 24.1 CE, sino de resolver un eventual conflicto entre los derechos afectados determinando si, efectivamente, aquellos se han vulnerado atendiendo al contenido que constitucionalmente corresponda a cada uno de ellos, aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados por los órganos judiciales, ya que sus razones no vinculan a este Tribunal ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de las resoluciones judiciales”<sup>166</sup>.

Finalmente, en la jurisprudencia constitucional reciente surge una corriente que podría ser inversa, pero ello sin abandonar sus planteamientos, la cual se sustenta en cuatro elementos: 1) Tanto en los tribunales ordinarios como en el TC se vienen incrementando las cuantías indemnizatorias por intromisión ilegítima en los derechos del art. 18.1. 2) Consecuencia de ello, los medios de comunicación usan con más moderación y preocupación los derechos del referido art. 18.1. 3) Mayor conciencia de los ciudadanos en la protección de tales derechos, a menor relevancia pública de la información objeto de la crítica, menor será la tolerancia en la injerencia de los derechos al honor, intimidad y propia imagen. 4) La prevalencia de lo público ha bajado con intensidad y surge el componente individual, tal como refiere la STC 208/2013, de 16 de diciembre.

### **4.2. POSICIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

---

<sup>166</sup>STC 72/2007, de 16 de abril.



El TEDH para establecer el equilibrio entre la protección de la vida privada y de la libertad de información, ha sentado su doctrina en atención al criterio de la notoriedad del sujeto cuya protección de la privacidad se predica. La protección de la libertad de información se reduce en función de que se refiera o no a personajes públicos, siendo más débil cuando la información versa sobre personas particulares carentes de interés público. Por lo tanto, en una primera aproximación, la distinción entre la esfera de la vida pública y la esfera de la vida privada puede servir como límite a la libertad de información, pero como se puede ver de la doctrina del TEDH no es tan sencillo. En tal sentido, cabe citar la Sentencia de 24 de junio de 2004, Caso Von Hannover contra Alemania, donde se consideró lesionado el derecho a la vida privada recogido en el art. 8 CEDH de la princesa Carolina de Mónaco por la publicación de fotos de escenas de su vida privada fuera de cualquier acto oficial, aunque algunas de ellas fueron tomadas en actos públicos. Para ello, partió de la distinción entre personalidades políticas y simples personas de proyección pública (famosos), fallando a favor de la princesa Carolina de Mónaco, al entender que se había conculcado el citado art. 8 el CEDH ya que las fotografías y los Artículos publicados sobre su persona no hacen que el debate público sea de interés general, ya que la princesa no desempeña funciones oficiales y tales fotos y Artículos en litigio hacían referencia exclusivamente a detalles de su vida privada. Asimismo, la Sentencia de 6 de julio de 2006 del TEDH<sup>167</sup>, reconoce que son los Estados quienes pueden restringir los derechos fundamentales, recuerda que en cualquier caso corresponde a los tribunales acotar dichas limitaciones mediante la decisión final sobre su compatibilidad con la libertad de expresión consagrada en el art. 10. Destaca aquí, la influencia de la Jurisprudencia norteamericana a través del denominado "*balancing of interest*" o equilibrio de intereses. Por último, la Sentencia de 18 de enero de 2011, Caso MGN Ltd v UK, se trataba de la publicación de un Artículo por el periódico The Mirror de informaciones e imágenes pertenecientes a la Sr. Campbell (figura pública muy conocida en la sociedad inglesa) tomadas en la calle, en las que el TEDH determinó que prevalecía el derecho a la *-privacy-* del personaje sobre la libertad de información.

---

<sup>167</sup> PROV. 2006, 204512, caso Erbakan contra Turquía.

## *CAPÍTULO SEGUNDO*

### *LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR*

**SUMARIO:** 1. EL MENOR COMO SUJETO TITULAR DE DERECHOS DE LA PERSONA. 1.1 EL MENOR COMO CATEGORÍA JURÍDICA. 1.2. CAPACIDAD JURÍDICA, CAPACIDAD DE OBRAR Y EDAD DEL MENOR. 1.3. LA PROTECCIÓN DEL MENOR CON CARÁCTER GENERAL. 1.4. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR ¿UN PRINCIPIO O UN DERECHO? 1.5. DIFERENCIAS ENTRE LA PATRIA POTESTAD Y LA REPRESENTACIÓN LEGAL EN EL CÓDIGO CIVIL. 2. LA PROTECCIÓN DE LOS MENCIONADOS DERECHOS DEL MENOR EN LA ÁMBITO ESTATAL. 2.1. CONSIDERACIONES DE CARÁCTER GENERAL. 2.2. EN LA LEY ORGÁNICA 1/1982, DE 5 DE MAYO. 2.2.1. Delimitación del ámbito de protección del menor. 2.2.2. EL consentimiento del menor. 2.2.3. Cuando posee condiciones de madurez. 2.2.3.1. Concepto de madurez. 2.2.3.2. ¿Quién determina la madurez del menor? 2.2.3.3. Carácter y alcance del consentimiento del menor. 2.2.4. Cuando no posee condiciones de madurez. 2.2.4.1. Consentimiento por los representantes legales. 2.2.4.2. Autorización por el juez. 2.2.5. Inexistencia del consentimiento. Consecuencias. 2.2.6. Responsabilidad para quien autorice una intromisión ilegítima en los derechos del menor 2.2.7. Extensión, duración y revocación del consentimiento del menor. 2.2.8. Causas que justifican la intromisión ilegítima en la propia imagen del menor. 2.2.8.1. Interés histórico, cultural o científico. 2.2.8.2. Persona pública en lugar público. 2.2.8.3. Accesoriedad. 2.3. EN 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 2.3.1. Cuestiones preliminares. 2.3.2. Reconocimiento específico de los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor 2.3.3. Las intromisiones ilegítimas en los derechos del menor producidas en el ámbito de los medios de comunicación. 2.3.4. La intervención del Ministerio Fiscal en los casos de intromisión ilegítima. Especial consideración de la Instrucción 2/2006 sobre el Fiscal y la protección de los Derechos al honor, intimidad y propia imagen. 2.3.5. La legitimación del fiscal, de padres o tutores y de los poderes públicos para proteger al menor 2.4. LA MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA POR LA LEY ORGÁNICA 8/2015, DE 22 DE JULIO Y LA LEY 26/2015, DE 28 DE JULIO. 2.4.1. Aspectos generales 2.4.2. Definición del interés superior del menor. 2.4.3. El deber del menor de respetar la intimidad de los demás. 2.5. CONFLICTO DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN DEL MENOR CON LOS DERECHOS A LAS LIBERTADES DE INFORMACIÓN Y EXPRESIÓN. 3. LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS 4. EL MARCO LEGAL DEL MENOR Y DE SUS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL.

## **1. EL MENOR COMO TITULAR DE DERECHOS DE LA PERSONA**

### **1.1 EL MENOR COMO CATEGORÍA JURÍDICA**

Con carácter previo a establecer un concepto jurídico de menor, nos debemos referir al de persona, para DÍEZ-PICAZO y GULLÓN<sup>168</sup>, “...todo hombre es persona y, posee aptitud para ser sujeto de relaciones jurídicas”, en ese sentido, podemos afirmar que el menor, como persona, será titular de derechos y obligaciones, con los límites que la Ley establezca.

En el ámbito del derecho privado, el menor es aquel que si bien ha alcanzado la consideración de persona humana por cumplir los requisitos del CC, no tiene plena capacidad, por no haber alcanzado la edad en la que nuestra legislación lo considera con la suficiente agudeza de juicio como para gobernarse a sí mismo y a su patrimonio con total independencia.

En nuestro derecho histórico, el Fuero Juzgo y el Fuero Real fijaron la mayoría de edad en los veinte años y el Fuero Viejo de Castilla en los 16 años. En las Partidas, se introdujo la tradición heredada del Derecho romano y se impuso la mayoría de edad a los 25 años, siendo ésta la edad que prevaleció en el Derecho común. Con la aparición del CC, la redacción original del art. 320 rebajó la mayoría edad a los 23 años, sin embargo, el Ccom la impuso en los 21 años y la Ley de 13 de diciembre 1943, se instaura para unificar los diversos sectores del Derecho privado español, tanto la rama civil y mercantil, como las legislaciones forales. Más tarde, la Ley de 22 de julio de 1972, suprimió la limitación impuesta a las hijas mayores de edad pero menores de 25 años de abandonar el hogar paterno y el RD Ley 16 de noviembre de 1978, que entró en vigor con antelación a la propia constitución estableció la mayoría de edad en 18 años.

Actualmente, la mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años, al respecto la CE de 1978 dispone en su art. 12 que *“Los españoles son mayores de edad a los 18 años”*. Y el art. 315 del CC, dice que *“La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos. Para el cómputo de la mayoría de edad se incluirá completo el día de*

---

<sup>168</sup> DÍEZ- PICAZO y GULLÓN, ob. cit., p. 201.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

*nacimiento*". A su vez, el art. 322 CC contempla que *"El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales de éste Código"* Esta plena capacidad que se adquiere al cumplir los 18 años, no sufre modificaciones por el transcurso del tiempo. De manera que, la vejez no conlleva automáticamente una reducción en el ámbito de la capacidad de obrar de la persona, es necesario la incapacitación si el anciano presenta deficiencias que le impidan gobernarse por sí mismo.

A sensu contrario, la menor edad es el estado civil que ostenta la persona que aún no ha cumplido los dieciocho años. DEL VAS GONZÁLEZ<sup>169</sup> define el concepto de menor *"es todo aquel que no ha cumplido los dieciocho años"* y la minoría de edad *"es aquel período de tiempo transcurrido desde el nacimiento hasta que se alcanza la edad de dieciocho años"*. Por ello, solo a la edad de 18 años se alcanzará la plena capacidad de obrar y la plena responsabilidad penal. En consecuencia, el concepto de menor desde el punto de vista del legislador, atiende a un único criterio objetivo que es la edad, si bien puede ser dudoso en cuanto a su concepción legal dado el problema que surge con la capacidad de discernimiento de los menores y que será analizada en los apartados siguientes.

Para la Convención de Derechos del niño de 1989 ratificada por España en 1991 *niño* es *"Todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad"*. Sin embargo, esta última previsión no se produce en nuestro ordenamiento jurídico.

Ahondando aún más, la Instrucción 2/2006 del Ministerio Fiscal<sup>170</sup> nos define al menor como *"Las personas de menos de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado*

---

<sup>169</sup> DEL VAS GONZÁLEZ, J. M., *Instituciones Jurídicas de Protección del menor en el derecho civil español*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2009, p. 47.

<sup>170</sup> Instrucción de 15 de marzo de 2006, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores, BMJ 2031/2007.

anteriormente la mayoría de edad”. Ahora bien, respecto a aquellos mayores extranjeros que se encuentren en territorio español y cuya mayoría de edad no haya podido determinarse, se introduce una modificación en el art. 12 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) en su apartado 4<sup>o</sup><sup>171</sup> como consecuencia de la recientísima Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (LMSPYA) en virtud de la cual se presume la minoría de edad de una persona cuya mayoría de edad no haya podido establecerse con seguridad, hasta que se determine finalmente la misma.

Por todo lo anterior, en lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico, podemos afirmar que son menores las personas que tengan menos de dieciocho años salvo que conforme a su ley personal hayan alcanzado la mayoría de edad y aquellos mayores extranjeros que se encuentren en territorio español con independencia de la nacionalidad cuya mayoría de edad no se haya podido determinar aún.

## **1.2. CAPACIDAD JURÍDICA, CAPACIDAD DE OBRAR Y EDAD DEL MENOR**

Las características principales del menor de edad se contraponen al mayor de edad, en el sentido de que el menor tiene atribuida capacidad jurídica (aptitud o idoneidad necesaria para ser titular de derechos intromisión y/o obligaciones derivadas de las relaciones jurídicas) pero tiene limitada su capacidad de obrar (aptitud o idoneidad de una persona (física, o jurídica) para ejercitar eficazmente actos jurídicos). De tal forma, que el nacimiento de una persona física da origen a unos derechos y obligaciones de inmediato, aun cuando tal persona no pueda saberlo o no

---

<sup>171</sup> Art. 12.4 “Cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad a los efectos de lo previsto en esta ley, en tanto se determina su edad. A tal efecto, el Fiscal deberá realizar un juicio de proporcionalidad que pondere adecuadamente las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado, en su caso, no es fiable. La realización de pruebas médicas para la determinación de la edad de los menores se someterá al principio de celeridad, exigirá el previo consentimiento informado del afectado y se llevará a cabo con respecto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud, no pudiendo aplicarse indiscriminadamente, especialmente si son invasivas”.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

pueda llevarlos a la práctica. Pero una cosa es ser titular de derechos y obligaciones y otra ser capaz de ejercerlos.

En relación a la capacidad jurídica, no es susceptible de graduaciones o matizaciones, se tiene o no se tiene, se es persona o no. La personalidad, es una cualidad inherente a la persona y como tal es una situación jurídica subjetiva que se reconoce intrínsecamente al ser humano. Toda persona por el hecho de serlo, posee capacidad jurídica. A esta idoneidad para ser sujeto de relaciones jurídicas se la conoce con el nombre de capacidad jurídica, siendo por tanto coincidente con el concepto de personalidad, si bien la personalidad es la emanación jurídica de la persona y la capacidad le es atribuida por el ordenamiento jurídico. La personalidad es presupuesto de la capacidad jurídica, e implica que toda persona o lo que es lo mismo, todo ser humano por el hecho de serlo, tiene capacidad jurídica y la tiene desde el comienzo hasta el fin de su personalidad. Los arts. 29 y 30 CC determinan que el comienzo se produce por el nacimiento y el art. 32 que su fin se produce por la muerte. Además, deriva del reconocimiento constitucional de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad (art.10.1CE). Por lo tanto, la personalidad o capacidad jurídica del menor es indiscutible.

Por lo que respecta a la capacidad de obrar, es la aptitud para el ejercicio de los derechos de que es titular la persona. Es una cualidad propia de cada persona, no corresponde a todas las personas, ni es uniforme para todos. Esta desigualdad no puede entenderse arbitraria, pues depende de la inteligencia y voluntad, de la capacidad natural o estado civil. Atendiendo a los distintos grados, permite distinguir entre capacidad de obrar plena y capacidad de obrar restringida. Hay que decir que la regla general es la capacidad de obrar plena (es la aptitud para ejercitar con plena eficacia jurídica todos los actos de la vida civil) y la tiene el mayor de edad, que alcanza a todos los actos de la vida civil (art. 322 CC) salvo ciertas excepciones. La excepción, es la capacidad de obrar restringida (la persona carece de aptitud para

realizar actos con plena eficacia jurídica) y corresponde al menor de edad y al incapacitado.

En cuanto a la capacidad de obrar general para celebrar contratos, el art. 1263.1 CC<sup>172</sup> (modificado por la LMSPIA) establece que “...no pueden prestar consentimiento los menores no emancipados”. De su literalidad podríamos concluir como regla general que el menor no puede prestar válidamente su consentimiento para celebrar contratos debiendo actuar los padres (arts. 154 y 162) o tutores (art. 267) como representantes legales. Sin embargo, se contraponen en la práctica con la normalidad socialmente aceptada con que un menor lleve a cabo negocios jurídicos, por ejemplo comprar golosinas o una entrada de cine, etc. Además, se puede percibir en las últimas reformas del Derecho de familia (frente a la regla general de la capacidad de obrar restringida del menor) el reconocimiento al menor de un campo de actuación que se va ampliando gradualmente según va cumpliendo años. Y en lo atinente a los derechos de la personalidad, el menor tiene reconocida la capacidad para ejercitar actos de disposición por sí mismo, pues tal como dispone el art. 162.1 CC se exceptúan de la representación legal de los padres “*Los actos relativos a derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda realizar por sí mismo...*”<sup>173</sup>.

De cualquier manera, ha apuntado muy acertadamente la doctrina<sup>174</sup>, que son las distintas leyes reguladoras de los derechos de la personalidad y no una norma de carácter general como el art. 162.1 CC, las que pueden determinar en cada caso

---

<sup>172</sup> Art. 1263 “No pueden prestar consentimiento: 1º 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”. 2º Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en términos señalados por la resolución judicial”.

<sup>173</sup> Además, también se exceptúa de la representación legal de los padres “2. Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo”. En tal caso, de conformidad con el art. 299 CC se le nombrará un defensor judicial si la tutela es conjunta por ambos padres y solo si existe conflicto con uno de ellos corresponderá al otro por ley representar y amparar al menor. Y “Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres. Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158”.

<sup>174</sup> DEL VAS GONZÁLEZ, ob. cit., p. 56.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

concreto si el menor tiene esas condiciones de madurez que le permitan ejercer libremente tales derechos o si a pesar de concurrir en el menor dichas circunstancias, deben introducirse ciertas limitaciones o quedar excluido del ejercicio.

Pero el mayor inconveniente en la práctica reside en la extrema dificultad que supone graduar la madurez del menor para realizar actos por sí mismos y sin el concurso necesario de sus progenitores. Es decir, las leyes (salvo excepciones) no concretan con demasiada precisión en qué se diferencian a estos efectos un niño de tres años con un joven de 17 años. Por ello, en opinión de ALBALADEJO GARCÍA<sup>175</sup>, sería necesario distinguir el régimen jurídico aplicable a los derechos de la personalidad y a los actos personalísimos que deba realizar el menor; pues mientras que éstos últimos no admiten intervención alguna del representante legal, sin embargo, en los derechos de la personalidad si es viable su actuación a través de la representación legal, ya que en caso contrario, la ausencia de ejercicio de los mismos por parte del menor conllevaría su perjuicio y desprotección.

Profundizando aún más en la esfera íntima y personal del menor, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ<sup>176</sup> señala que las leyes han favorecido la intervención del menor en aquellos asuntos que más directamente afectan a su ámbito personal, según su progresiva capacidad de obrar, conforme al principio constitucional de respeto al libre desarrollo de la personalidad, si bien en la esfera de los derechos de la personalidad se admite una actuación representativa del guardador, sometida a control judicial.

Hay que decir, que la postura de ALBALADEJO<sup>177</sup> es la que más se apoya en la esfera de la capacidad que tiene el menor. De manera que, cuando un acto jurídico concreto no está expresamente previsto en la ley, no se puede resolver

---

<sup>175</sup> ALBALADEJO GARCÍA, ob. cit., p. 243.

<sup>176</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., "La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad: Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho Civil", *ADC*, T. XLV, Fasc. IV, octubre-diciembre 1992, pp. 1391 y 1498.

<sup>177</sup> ALBALADEJO GARCÍA, ob. cit., pp. 250-251.



mecánicamente sino que se debe ver si a tenor de los principios en que se inspiran los casos regulados está dentro del ámbito de la capacidad de obrar del menor. Para JORDANO FRAGA<sup>178</sup>, si bien la capacidad general del menor es limitada, éste tiene un ámbito de capacidad que le permite realizar válidamente actos jurídicos como puso de relieve al entender que el ámbito de la capacidad general del menor coincide con el de su capacidad natural. Aquella capacidad es limitada, variable y flexible, según su desarrollo intelectual y volitivo. La intuición social es la correcta, el menor pese a su incapacidad legal (relativa de protección), posee una cierta capacidad natural, una cierta capacidad de comprender y querer, que varía según la edad y en relación al contenido y naturaleza del acto de que se trate. Y de esta capacidad natural, a la vista de la realidad social que como elemento de interpretación de la ley propugna el art. 3.1 del CC, y teniendo en cuenta las últimas reformas del CC y del citado art. 2.1 de la LOJPM, hoy día se deduce la consideración de una capacidad de obrar general aunque limitada del menor.

Por otra parte, además de las condiciones de madurez, la fijación legal de una edad es el elemento determinante de la capacidad de obrar del menor, y consecuentemente de estar o no sujeto a la protección o asistencia de terceras personas. Tal criterio, a mi juicio no es discriminatorio ni produce inseguridad jurídica, pues evita la posibilidad de intervención judicial en la consideración de los distintos actos que el menor realice o incluso en la concepción de las distintas personas según su capacidad como menor o no. Establecer dicho criterio, que en la actualidad y con carácter general son los dieciocho años salvo para determinados actos que legalmente y de forma específica se establece otra edad, como por ejemplo aceptar donaciones no condicionales ni onerosas (art. 625 CC); hacer testamento, excepto el ológrafo, a partir de los catorce años (art. 688.1 CC); prestar consentimiento en los contratos que le obliguen a realizar prestaciones personales (art. 162 CC); ejercicio de la patria potestad, que exige que en aquellas decisiones que les afecten, siempre que tuvieren suficiente juicio, los hijos deberán ser oídos siempre

---

<sup>178</sup> JORDANO FRAGA, F., "La capacidad general del menor", *RDP*, 1984, pp. 883 y 904.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

(art. 157 CC); exceptúa de la administración paterna los bienes adquiridos por el hijo menor de 16 años adquiridos con su trabajo o industria (art. 164.3); testificar en juicio a partir de doce años (art. 361.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) es un fundamento esencial no solo de la protección de los derechos del menor sino de protección de los actos que los terceros puedan realizar con menores. Cuestión distinta y discutible será determinar si el límite de los dieciocho años es o no acertado dada la evolución, participación y relevancia que los menores tienen en la vida cotidiana en la actualidad.

Por consiguiente, durante la menor edad, el Derecho reconoce capacidades especiales a partir de ciertas edades, dando por supuesto que el cumplimiento de la edad correspondiente determina la existencia de una capacidad natural para comprender y querer ciertos actos. En otros casos, el Derecho no fija determinada edad sino que se remite a la capacidad natural, al juicio, a la madurez del menor para permitirle ejercitar ciertos derechos o realizar determinados actos como en el caso de los derechos de la personalidad<sup>179</sup>.

En todo caso, la tendencia actual es la de reconocer la capacidad de obrar evolutiva del menor de edad conforme al art. 162.1 CC, y en ese sentido, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO<sup>180</sup>, congruentemente afirma que "...no hemos de considerar al menor como un sujeto pasivo desprovisto de aptitud y capacidad para decidir por sí mismo, y sometido, por tanto, a sus representantes legales. El principio de libre desarrollo de la personalidad exige que se tenga en consideración la capacidad natural del menor, así como su madurez y demás circunstancias. Este principio informa instituciones concretas, entre las cuales, conviene destacar el ejercicio por el propio menor de sus derechos de la personalidad. Además, nos lleva a la idea de que el menor debe actuar y decidir siempre que pueda. Se invierte la regla tradicional en relación a

---

<sup>179</sup> PARRA LUCÁN, M. A., *La voluntad y el interés de las personas vulnerables. Modelos para la toma de decisión en asuntos personales*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2015, p.43.

<sup>180</sup> MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *El principio de Libre Desarrollo de la Personalidad en el Ámbito privado*, Thomson Reuters, Navarra, 2010, pp. 143-145-146.

la actuación del menor. Por otro lado, considera que la madurez de juicio no se adquiere en un instante, sino de forma progresiva y vinculada al desarrollo y capacidad crítica de cada uno. Para poder juzgar acerca del discernimiento o madurez de juicio, además de otros datos psíquicos relacionados con el desarrollo personal del menor, deberá tenerse en cuenta si el deseo por él expresado es congruente con los fines que contempla; con las metas marcadas o deseadas por el menor en cuestión sean razonablemente alcanzables en el marco de la realidad vital y social en que se desenvuelve”.

Pese a lo anterior, hoy día seguimos sin encontrar en el CC un conjunto normativo único dedicado exclusivamente a regular la minoría de edad que nos pueda especificar qué actos puede o no realizar o para cuales necesita complemento de capacidad. En ese sentido, la LOPJM hubiera sido un buen momento para regular la capacidad de obrar del menor pero lejos de ello ha contribuido a sembrar mayor confusión al establecer en su art. 2.1 párrafo (párr.) in fine que *“Las limitaciones a la capacidad de obrar deben interpretarse de forma restrictiva”*, añadiéndose por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia (LOMSPIA) *“y en todo caso, siempre en el interés superior del menor”*.

En virtud de lo expuesto, parece evidente que en el ámbito de los derechos de la personalidad prevalece la madurez del menor frente al criterio cronológico como elemento determinante de la capacidad de obrar del menor. Posición refrendada por nuestro TC en STC 154/2002, de 18 de julio, al pronunciarse a favor de una progresiva capacidad de obrar del menor según avanza la edad que le permita su intervención en el tráfico jurídico y consecuentemente llevar a cabo actos y celebrar contratos conforme a sus condiciones de *“madurez”*. Término definitivamente ratificado en la recientísima modificación de diversos preceptos del CC por la LOMSPIA y la LMSPIA.

### **1.3. LA PROTECCIÓN DEL MENOR CON CARÁCTER GENERAL**

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

A nivel internacional, la Asamblea General de Organización de las Naciones Unidas aprobó en el año 1959 la declaración de los Derechos del niño, dando así el primer paso significativo en la protección jurídica del niño. Sin embargo, el problema de la declaración se encontraba en su carácter no vinculante al constituir simplemente una Recomendación de la Asamblea General. Igualmente, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, recogieron aspectos básicos a la protección de los menores. Ambos pactos, se convirtieron en instrumentos obligatorios para los Estados Partes tras su entrada en vigor en 1976, beneficiando entre otros destinatarios a los niños. Además, con la finalidad de regular específicamente la protección del niño, el 20 de noviembre de 1989 fue aprobada con carácter vinculante la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, ratificada el 30 de noviembre de 1990 y con entrada en vigor en España el 5 de enero de 1991. Resaltar, que es el Tratado Internacional más importante en materia de derechos de la infancia no solo por su contenido sino también por el alto número de Estados que lo han ratificado (todos excepto EEUU y Somalia), y, se inspira en cuatro principios básicos de la protección jurídica del menor: el principio de no discriminación; el principio del interés superior del menor; el principio de supervivencia y desarrollo del niño y el principio de la participación del niño en el proceso de toma de decisiones sobre cuestiones que le afecten, siempre en función de su edad y madurez. Además, ha sido completada por: dos Protocolos facultativos, el Protocolo facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas por Resolución de 25 de mayo de 2000 y el Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía de igual fecha, ambos ratificados por España; la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, instrumento de ratificación de 23 de noviembre de 2007; y el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 28 de mayo de 2010, ratificado el 6 de septiembre de 2010.

En el ámbito europeo, también se puede constatar legislación protectora del menor, y en ese sentido debemos citar: la Resolución de 8 de julio de 1992 del Parlamento europeo que aprobó la Carta Europea de los Derechos del niño; el Convenio de la Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, ratificado por Instrumento de 30 de junio de 1995; el Convenio de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños; la Recomendación del Consejo de 24 de septiembre de 1998 relativa al desarrollo de la competitividad de la industria europea de servicios audiovisuales y de información mediante la promoción de marcos nacionales destinados a lograr un nivel de protección comparable y efectivo de los menores y de la dignidad humana (98/560/CE); el Convenio en materia de adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, ratificado el 16 de julio de 2010; el Convenio relativo a la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, realizado en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 y ratificado el 22 de julio de 2010; el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 26 de enero de 1996 y ratificado el 11 de noviembre de 2014; y finalmente, el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000.

Ya en el ámbito interno, nuestra CE en su art. 39 recoge que *“Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”*. Por lo tanto, el valor que los Convenios internacionales adquieren en relación con los menores es además especialmente enfatizado por la Constitución. A este respecto, el art. 10.2 CE establece con carácter general que *“Las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con la Declaración de los Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias suscritas*

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

*por España*". Como comprobamos, es un sistema de protección de los menores que se podría calificar como "mixto" ya que se basa en la colaboración entre el ámbito de lo privado y lo público, pues atribuye la responsabilidad de dar asistencia y protección a los menores tanto a la familia como a los poderes públicos. En tal sentido, ARTEAGABEITIA GONZÁLEZ<sup>181</sup> afirma que por un lado los poderes públicos tienen la responsabilidad de diseñar y aplicar una política para la infancia que asegure la protección integral de los menores tal y como establece el art. 39.1 y 2 del citado texto<sup>182</sup>; y por otro, que la Constitución encomienda a los padres la obligación de prestar en el seno de la familia determinadas funciones asistenciales en interés de los menores, de conformidad con el art. 39.3<sup>183</sup>. De esta forma, todos los menores, cualquiera que sea su origen y condición, al margen de su protección en el seno de la familia, tienen reconocido el derecho a la protección pública.

Nuestro ordenamiento jurídico, tras la CE se vio obligado a adaptar sus textos legales a los nuevos principios vigentes en materia de protección de menores, llevando a cabo continuas reformas, de tal modo que mencionaremos las siguientes: la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del CC en materia de la filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; la LO 1/82, de 5 de mayo de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del CC en materia de tutela. Ya con posterioridad, la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del CC y de la LEC en materia de adopción; la LO 5/1988, de 9 de junio, sobre exhibicionismo y provocación sexual en relación los menores; la LO 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema educativo; la LO 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y el

---

<sup>181</sup> ARTEAGABEITIA GONZÁLEZ, I., *Los derechos del menor*, BOE, 2005, pp. 12-13-14.

<sup>182</sup> "Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación y de la madre, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad".

<sup>183</sup> "Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habilitados dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda".

procedimiento de los juzgados de menores; la Ley 25/1994, de 12 de julio, de incorporación al Ordenamiento jurídico español de 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; la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales; la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; la LO 1/96, de 15 de enero, de Protección jurídica del Menor, de modificación parcial del CC y de la LEC, la LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en materia de protección de las víctimas de malos tratos; la LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Código Penal en materia de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales; la Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del artículo 9.5 CC en materia de adopción internacional; la ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras; la LO 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores, la LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora de derechos de asociación; la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y la LEC en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos; la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio; la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia; la LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores; la LO 3/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional; la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del CP; la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del CP; la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial; la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia; la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria; la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

la adolescencia; la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; y la LO 13/2015, de 15 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

Respecto a la normativa autonómica, la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas se encuentra en el art. 149.1.8 CE el cual desarrolla que *“El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos público, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respecto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial”*. Manifiesta, que tal distribución ha sido plenamente respetada en la propia Exposición de Motivos de la LOPJM, al consagrar que *“La ley pretende ser respetuosa con el reparto constitucional y estatutario de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas...”*.

Incluso se han creado de oficinas administrativas específicas adoptadas en numerosas CCAA dirigidas a la protección del menor, en algunos casos denominadas *“DEFENSOR DEL MENOR”* en la Comunidad Andaluza o en la Comunidad de Madrid, si bien actualmente dicha figura ha sido suprimida por motivos de racionalización del gasto público desde el año 2012 consecuencia de la crisis, canalizándose las quejas a través del DEFENSOR DEL PUEBLO. En otros, *“LETRADO DEL MENOR”*; como en el Principado de Asturias; en Cataluña, la defensa de los derechos del menor se encomienda a una figura más amplia similar a la del defensor del pueblo, *“SINDIC DE GREUGES DE CATALUNYA”*; en la Comunidad valenciana *“COMISIONADO DEL MENOR O PARE D´ ORFES”*, aunque aún no ha entrado en vigor; y en el País Vasco, *“LA OFICINA DEL DEFENSOR DEL MENOR”* igualmente suprimida etc.



#### **1.4. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR ¿UN PRINCIPIO O UN DERECHO?**

El principio del *interés superior del menor o favor minoris*, formulado originariamente en la doctrina francesa bajo la fórmula de “*tout pour l’enfant*” viene a constituirse en un principio general del Derecho, verdadera piedra angular en la interpretación del Derecho de menores y concretamente en los derechos de la personalidad.

El principio del interés superior del niño es una constante recogida en numerosos textos, tanto internacionales, europeos, como nacionales y autonómicos. Así, a nivel internacional se recoge en el art. 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; el art. 24.1 del Pacto internacional de Derechos civiles y políticos de 1966; el art. 4 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989; el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989; el art. 8.14 de la Resolución del Parlamento Europeo sobre una Carta Europea de Derechos del Niño (Resolución A3-0172/92 de 8 de julio de 1992). Ya a nivel nacional, se encuentra de forma muy evidente en el art. 39 de la CE; en múltiples arts. 92.2, 154, 172.4, 176.1 CC entre ellos y el art. 2.1 LOPJM modificado por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia publicado en el BOE en fecha 23 de julio de 2015.

Tal principio, hasta la nueva redacción dada al art. 2 LOPJM como consecuencia de la LOMSPIA, era un concepto jurídico indeterminado objeto de múltiples y diversas interpretaciones debido sobre todo a su complejidad y difícil concreción. Pues aunque la LO 1/96 tuvo la oportunidad de concretar su contenido tampoco lo hizo hasta la presente modificación. A nivel autonómico, se regula este principio, por ejemplo en el art. 4 de la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia, Murcia; art. 3.1 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al menor de la Comunidad

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

Autónoma de Andalucía; art. 3 de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana; art. 5 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia de la Comunidad de Cataluña; art. 4 de la Ley 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia de Cantabria; art. 2.a) de la Ley 5/2014 de 9 de octubre de Protección Social y jurídica de la Infancia y la adolescencia de Castilla-La Mancha.

A la hora de intentar definir tal concepto han existido variadas y diversas consideraciones doctrinales a lo largo de estos años. En tal sentido, cabe citar autores extranjeros como CARBONNIER<sup>184</sup> para quien pretender definirlo, era complicado pues se trataba de un concepto jurídico indeterminado, de una cláusula general abierta, dinámica, flexible, cuya concreción era casuística y en ningún caso, sencilla. JOYAL RENÉE<sup>185</sup> quien entendía que la noción de interés debía apreciarse, en cuanto a los derechos del niño, como principio de interpretación de la ley; o en su caso BROMLEY<sup>186</sup> quien realiza una descripción detallada de la evolución del “*welfare principal*” (principio del bienestar) en la normativa británica haciendo hincapié en la estabilidad y la seguridad, el cuidado y el consejo cariñoso y comprensivo, la relación cálida y compasiva, por ser esenciales para el pleno desarrollo del propio carácter, personalidad y talentos del niño.

---

<sup>184</sup> CARBONNIER, J., *Comment. S.Cour d’Appel Paris, 10 abril 1959*, Dalloz, Droit Civil, vol. I, Paris, 1971, p. 673, definió el interés superior del menor como una noción mágica.

<sup>185</sup> JOYAL RENÉE, “La notion d’intérêt supérieur de l’enfant, sa place dans la Convention des Nations Unies sur les Droits de l’enfant”, *Revue Internationale de Droit Penal*, nº 3-4, 1991, p. 791.

<sup>186</sup> BROMLEY, P. M., *Bromley’s Family Law*, 7ª ed., Butterworths London, 1987, pp. 311-312, al referirse al “*welfare principle*” (principio del bienestar) comentaba que era sorprendentemente difícil encontrar una concreción judicial de lo que se creía que significase el término “*welfare*”, y sostenía que la mejor definición era la dada en Nueva Zelanda, en el caso *Walter v. Walter and Harrison*, 1981, por el Juez Ardí Boys, quien calificó “*welfare*” como una palabra omnicomprendiva, que incluía el bienestar material, tanto en el sentido de una adecuación de recursos para proporcionar un hogar agradable y un cómodo nivel de vida, como en el sentido de un cuidado adecuado para asegurar el mantenimiento de la buena salud y el debido orgullo personal. Aunque entendía que si bien debía tenerse en cuenta lo material, era cuestión secundaria.

Ya en nuestra doctrina, las invocaciones a este principio son constantes, por ejemplo ROCA TRIAS<sup>187</sup> entiende que el citado concepto debía partir de su proyección al futuro de manera que pudiera considerarse como una fórmula destinada a facilitar la formación del menor y diseñar las líneas de desarrollo de su personalidad. Por lo tanto, lo calificaba como un principio general que abarcaba todos los derechos fundamentales, garantizando la efectiva protección del menor, con miras a posibilitar el libre desarrollo de su personalidad<sup>188</sup>. Por ello, estimaba que las resoluciones judiciales que debían incidir en relación a problemas planteados con menores, no se encontraban con un concepto vacío, puesto que su contenido consistía en asegurar la efectividad de unos derechos a unas personas que por sus condiciones de madurez, no podían actuar por sí mismas, de forma independiente para reclamar su efectividad<sup>189</sup>. Para BORRÁS RODRÍGUEZ<sup>190</sup>, significaba englobar en dicho concepto todas aquellas instituciones que bajo cualquier forma, pretendían dar respuesta a su protección en sentido total desde el punto de vista del Derecho internacional privado, con independencia de cuál fuera la situación personal o familiar del menor. Por el contrario, otros autores como SÁNCHEZ HERNÁNDEZ O SEIJAS QUINTANA<sup>191</sup> han limitado tal concepto únicamente a la autoridad judicial, postura no compartida por

---

<sup>187</sup> ROCA TRIAS, E., "El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado", discurso de contestación a la académica de número Dra. Alegría Borrás, en su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 4, 1994, pp. 976-977.

<sup>188</sup> ROCA TRIAS, E., *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, Cuadernos Civitas, Barcelona, 1999, p. 219, estima que la propuesta realizada por la doctrina italiana debería ser aceptada en nuestro sistema jurídico. En ese mismo sentido y como uno de los ejemplos más representativos del pensamiento italiano sobre la materia vid. DOGLISATTI, M., "Che cosa é l'interesse del minore?", *IL Diritto di Famiglia e delle Persone*, nº IV, octubre-diciembre 1992, pp. 1093 y 1099.

<sup>189</sup> ROCA TRIAS, E., ob. cit., p. 220.

<sup>190</sup> BORRÁS RODRÍGUEZ, A., "El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado", en su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 4, 1994, p. 927.

<sup>191</sup> Se formaba tal concepto en la conciencia de la autoridad judicial a partir de la valoración de una serie de circunstancias de lógica y sentido común, determinadas por el conocimiento, la experiencia y la sensibilidad, que el Juez tenía y que adquiría a lo largo del proceso, conforme a los datos que las partes interesadas le ofrecían. Esta es la idea que sobre dicho concepto comparten varios autores. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., "Un caso de secuestro internacional de menores por parte del titular de la guarda y custodia: el interés del menor", *AC*, nº 1, 1999, p. 308; SEIJAS QUINTANA, J. A., "Las consecuencias de la separación y el divorcio: el interés del menor. Alimentos. Guarda y custodia. Régimen de visitas. Aspectos internacionales. La vía convencional como medio de solución de conflictos. Especial Referencia a los Convenios de la Haya. Luxemburgo y Bruselas", *AC*, nº 29, 1997, pp. 642-643.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

VILLAGRASSA ALCAIDE<sup>192</sup> quien acertadamente no limitó su aplicación tan solo a los tribunales. Pues no debemos olvidar que el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño además del juez, cita a las instituciones públicas o privadas de bienestar social, a las autoridades administrativas y a los órganos legislativos. Y en su art. 18.1, enuncia a los padres o representantes legales. DOLZ-LAGO<sup>193</sup> pensaba que lo que realmente había que proteger era “*el interés del menor*” ya fuese público o social. Se cuestionaba ¿qué era ese interés? y lo ponía en relación con “...todo aquello que beneficiase a su titular y no a lo que le perjudicase o pudiera perjudicarlo”. Si bien, surgía otro concepto, el del “*beneficio*”, descartando manifestaciones superficiales de ese beneficio que no representarían un auténtico interés. Para LÁZARO GONZÁLEZ<sup>194</sup>, son constantes en Derecho de Menores las invocaciones a este principio y su fundamento debería buscarse en la situación de vulnerabilidad del niño ante la imposibilidad que tiene de dirigir su vida con suficiente madurez y responsabilidad y en la necesidad de que las circunstancias que le rodeen lo sean especialmente favorables en esta etapa vital de desarrollo como ser humano.

No obstante lo anterior, DE LAMA AYMÁ<sup>195</sup> profundiza en tal concepto y plantea que en la relación paterno-filial o patria potestad, el interés del menor se concretará en la protección de sus bienes jurídicos de la personalidad a través del ejercicio de un interés legítimo de los padres en la defensa de los hijos menores de edad. Es decir, para que sea legítima la representación legal, ésta debe estar sometida al principio del interés del menor, de manera que se respetarán sus deseos y opiniones, persiguiendo su beneficio patrimonial y personal. Sin embargo, NAVARRO MICHEL<sup>196</sup> o RIVERO HERNÁNDEZ<sup>197</sup> argumentan que el criterio de la opinión del

---

<sup>192</sup> VILLAGRASA ALCAIDE C., “El interés superior del menor” en *Derecho de la persona*, (Coord. I. RAVETLLAT BALLESTÉ), Bosch, Barcelona, 2011, p. 31.

<sup>193</sup> DOLZ-LAGO, M. J., “EL Fiscal y la reforma de los menores: balance de experiencias tras la Ley Orgánica 4/1992”, *La Ley*, nº 3955, enero 1996, p. 1.

<sup>194</sup> LÁZARO GONZÁLEZ, I., *Los menores en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 2002, p.180.

<sup>195</sup> DE LAMA AYMÁ, A., *La protección de los Derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 77.

<sup>196</sup> NAVARRO MICHEL, M., “Los derechos a la intimidad y propia imagen del menor de edad. Algunos supuestos conflictivos”, *RDP*, marzo-abril, 2009, pp.48 y 74.

menor no debe ser el único y no siempre debe primar, pues tiene un límite cual es los deseos que sean contrarios a sus derechos fundamentales y al libre desarrollo de su personalidad. Añade este último autor, que la mejor forma de que el menor llegue a ser un adulto responsable y autónomo es permitir que participe en la toma de decisiones que le afecten directamente y escuchándole. Siendo recomendable que el menor actúe por sí mismo de forma progresiva en pequeñas decisiones que le conciernen incluso cuando corre el peligro de equivocarse porque de los errores también se aprende, ya que también tiene derecho a equivocarse<sup>198</sup>. Por tanto, la audiencia y participación al menor deberá hacerse de forma progresiva de manera que cuanto mayor sea el grado de madurez, menor será la intervención de los padres. Finalmente, mantiene LÁZARO GONZÁLEZ<sup>199</sup> que cualquier limitación de los derechos- también los derechos de los niños- requiere de una justificación legítima que debe poder expresarse en la motivación de la decisión. Al respecto, respaldan su posición las SSTC 143/1990 de 26 de septiembre, 298/1993 de 18 de octubre, 187/1996 de 25 de noviembre, 114/1997 de 16 de junio, 141/2000 de 29 de mayo y 158/2009 de 29 de junio, las cuales proclaman que la necesaria decisión motivada, debe basarse entre otros principios en el del interés del menor, que habrá de primar incluso por encima de los principios que pudieren ser concurrentes<sup>200</sup>. Incluso nuestra jurisprudencia ha ido más allá al elevar el interés superior del menor a norma de orden público como así resulta en las SSTS de 31 de julio de 2009, de 8 de octubre de 2009 y de 12 de mayo de 2011. En suma, cualquier decisión que se tome aduciendo interés superior del menor, debe estar suficientemente motivada.

Pues bien, consecuencia del debate doctrinal y jurisprudencial que el contenido del *interés superior del menor* ha generado, el Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, ha emitido la Observación general n<sup>o</sup> 14, de 29 de mayo de 2013, sobre el

---

<sup>197</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil, T. I, vol. 2º, de LACRUZ, SANCHO LUNA, DELGADO, RIVERO, RAMS, 5ª ed., revisada y puesta al día por DELGADO*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 130.

<sup>198</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, ob. cit., pp. 141, 166, 232 y 233.

<sup>199</sup> LÁZARO GONZÁLEZ, I., "Notas para una redefinición de la infancia en términos de justicia" Lección inaugural del Curso Académico 2010-2011, Universidad Pontificia de Comillas.

<sup>200</sup> GIL ANTÓN, A. M., *¿Privacidad del Menor en Internet? "Me gusta" ¡¡¡ todas las imágenes de "mis amigos" a mi alcance con un simple "click"!!!*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2015, p. 91.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3.1), desarrollando y explicando tal concepto con el fin de mejorar la comprensión y observancia del derecho del niño a que su interés superior sea evaluado y constituya una consideración primordial y, en concreto, que repercuta en la elaboración de todas las medidas de aplicación adoptadas por los gobiernos, en las decisiones individuales tomadas por autoridades judiciales, administrativas o por entidades públicas, en las decisiones adoptadas por entidades de la sociedad civil y el sector privado, que prestan servicios relacionados con los menores o que les afectan y en las directrices relacionadas con medidas tomadas por personas que trabajan con niños y, en particular, los padres y cuidadores<sup>201</sup>.

Para ello, lo ha descrito desde una triple perspectiva: un derecho, un principio y una regla de procedimiento. De tal manera que cuando se refiere a él como derecho, lo hace, como derecho sustantivo, es decir, directamente aplicable y exigible (dado su carácter coercitivo e imperativo), al quedar sometido a control jurisdiccional. Ello unido a su consideración prioritaria, cuando confluyan diferentes intereses, significará que este interés superior no podrá ser considerado al mismo nivel que otros. En relación a su alcance como principio, el Comité lo ha equiparado a un principio hermenéutico, lo que supone desarrollarse a través de la función creativa (como criterio inspirador del legislador), interpretativa (como criterio conductor del decisor), e integradora (como criterio que suple un vacío legal). Todo ello, al objeto de valorar cuál es realmente el interés del menor. Y finalmente, en cuanto regla de procedimiento, ha significado que la decisión adoptada ha de seguir como criterio predefinido este interés superior para desarrollar la acción. Por consiguiente, debe ser objeto del análisis sobre el posible impacto, positivo o negativo, de la medida o decisión que se vaya a adoptar. Es decir, se han de revisar los pasos que se han

---

<sup>201</sup> Observación General Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3.1), aprobada por el Comité en su 62º periodo de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013), pp. 4-5.

adoptado hasta llegar a su determinación, a fin de poder visar los elementos que se han considerado<sup>202</sup>.

Resulta incuestionable que la citada Observación, ha marcado un antes y un después en el tratamiento de esta materia, pues rompe con la perspectiva de que este interés tenía únicamente carácter de principio general de derecho, aportando luz al concepto indeterminado mantenido por la doctrina y la jurisprudencia.

Merece especial atención, la reciente definición del interés superior del menor en el nuevo art. 2<sup>203</sup> LOPJM consecuencia de la citada modificación sufrida por la

---

<sup>202</sup> BARTOLOMÉ TUTOR, A., *Los derechos de la personalidad del menor de edad. Su ejercicio en el ámbito sanitario y en las nuevas tecnologías de la información y comunicación*, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, p. 67.

<sup>203</sup> Art. 2. *“Interés superior del menor. 1. 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, o los Tribunales, o los órganos legislativos, primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en interés superior del menor. 2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto: a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas. b) 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. c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia. d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad. 3. Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales: a) La edad y madurez del menor. b) la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante. c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo. d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro. e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales. f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores. Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que*

86



## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

LOMSPIA que incluye junto a los criterios propuestos, otros elementos que se han de ponderar como la edad y madurez del menor, la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, o la necesaria estabilidad en el tiempo de las soluciones adoptadas. Además, recoge un apartado específico sobre de qué manera resolver aquellas situaciones en las que concurra cualquier otro interés legítimo, así como la necesidad de que la decisión adoptada respete las debidas garantías del proceso de toma de decisión (derecho del menor a ser informado, oído y escuchado; a participar en el proceso, a que intervengan profesionales cualificados en la evaluación de los criterios, la participación de los padre, tutores o representantes legales o la necesaria motivación acerca de los criterios utilizados y los elementos aplicados para ponderar los criterios entre sí, y la existencia de recursos de revisión sobre la decisión que se adopte).

Por otra parte, tal como se ha cristalizado en la reforma, el principio del interés del menor no es ilimitado al establecer que en caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas, que respondiendo a este interés, respeten también los legítimos presentes (art. 2.4 LOPJM). En definitiva, aporta una primera aproximación al concepto como principio

---

*la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara. 4. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados. 5. Toda medida en interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular: a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente. b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados. c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses. d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas. e) La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos”.*



general, de carácter primordial que debe presidir toda decisión o situación en la que se encuentre un menor y para su determinación presenta unos criterios y unos elementos generales de carácter prioritario y concluye con unas garantías procesales que se deben observar para velar por la existencia de este interés superior.

En definitiva, el concepto interés superior del menor debe de englobarse como un principio general amplio que abarque todos los derechos fundamentales garantizando con ello la protección del menor. No debemos olvidar que hasta la presente LOMSPIA, era un concepto complejo e indeterminado, del que han tenido que pasar veinte años desde la LOPJM para que se le dotara de contenido en su nuevo art. 2. Naturalmente coincido plenamente con su nueva redacción en sus tres dimensiones, (derecho, principio y norma de procedimiento); con el método de objetivación para ayudar a su determinación a través de la aportación de criterios, la ponderación de elementos y de las circunstancias que rodean al menor; así como con incluir garantías que avalen la decisión adoptada y que salvaguarden este interés superior, para lo que es necesaria la intervención de profesionales (agentes decisores), y la motivación de su decisión<sup>204</sup>.

## **1.5. DIFERENCIAS ENTRE LA PATRIA POTESTAD Y LA REPRESENTACIÓN LEGAL EN EL CÓDIGO CIVIL**

Hay que tener en cuenta que la patria potestad y la representación legal son dos instituciones distintas. La primera, regulada en el art. 154 CC, es un deber de los padres, para defender y formar al menor cumpliendo además una función social y se concreta en una serie de derechos o facultades que al mismo tiempo constituyen deberes y obligaciones: los deberes del cuidado, de protección y asistencia de los hijos, el deber de tenerlos en su compañía, el deber de alimentarlos, el deber de educarlos y

---

<sup>204</sup> En los sistemas jurídicos de corte anglosajón la concepción de los conceptos jurídicos indeterminados sigue un método de objetivación a través de un catálogo de criterios que colman esta indeterminación (vid. en The Welfare Principle y The Children Act (británico), The Statutory Law (estadounidense) y The Child and Family Services Act (canadiense)).

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

procurarles una formación integral, el deber de representar a los hijos, y el deber de administrar sus bienes. Por lo tanto, se trataría de una función tutelar, que comprende el derecho y el deber de cuidar de la persona y del patrimonio del hijo. Por consiguiente, los progenitores asumen un doble carácter de funciones: derechos y deberes de los padres en beneficio de sus hijos<sup>205</sup>. En este sentido, SERRANO ALONSO, refiere que estas funciones–deberes de la patria potestad-, ponen de relieve la inexcusabilidad de su ejercicio, pues a diferencia de los derechos subjetivos típicos en los que su titular decide la conveniencia y oportunidad de su ejercicio, la patria potestad se impone a los padres a quienes la ley obliga a cumplir sin excusa con el contenido de las diversas facultades y deberes que la integran<sup>206</sup>. Es decir, los derechos que se conceden no están pensados para su titular, sino en el mejor cumplimiento de los deberes y funciones que se pretende que sirvan<sup>207</sup>.

Ahondando aún más, es interesante la explicación que ofrece CASTÁN VAZQUEZ<sup>208</sup> al diferenciar dos tipos de funciones: aspecto interno y aspecto externo, en las que, no obstante todas se dirigen a la protección del menor. Las primeras, corresponden a la función educativa que se desenvuelve en las relaciones entre padres e hijos, teniendo las relaciones con terceros un simple relieve instrumental. En ellas, se incluiría el deber de cuidado, educación e instrucción, debiendo encajar los derechos de la personalidad, ya que los progenitores han de atender al deber de cuidado y respeto a la personalidad del hijo. En relación a las segundas, se identifican por su función sustitutiva y porque están circunscritas a las relaciones del sujeto con terceros, y serían las correspondientes al deber de representación y administración de los bienes de los hijos.

---

<sup>205</sup> CASTÁN VAZQUEZ, J. M., “Artículo 154 CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (Dir. M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART), T. III, vol. 2, art. 142-180 CC, Edersa, Madrid, 1982, pp. 76, 107 y 110 y “La patria potestad como función en el nuevo Derecho de Familia” en *Monográfico dedicado a la reforma española del Derecho de Familia de 1981*, vol. I y II, VVAA, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1982, p.196.

<sup>206</sup> SERRANO ALONSO, E., “Comentario al artículo 154 del Código Civil” en *Comentario del Código Civil*, T. I, (Coord. I. SIERRA GIL DE LA CUESTA), Bosch, Barcelona, 2000, p. 435.

<sup>207</sup> CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J., *Instituciones de Derecho Privado. T. IV. Familia, V.1º. Separata: Tema 5. La Patria Potestad*, Civitas, Madrid, 2001, p. 629.

<sup>208</sup> CASTÁN VAZQUEZ, ob. cit., p. 76.

Por su parte, nuestra jurisprudencia<sup>209</sup> también coincide en exponer que la patria potestad queda configurada en nuestro ordenamiento jurídico como un conglomerado de derechos y deberes de los padres respecto de la prole habida en su unión, en situación legal de dependencia, en aras de la función protectora y formativa que por Derecho Natural y positivo corresponde a quienes han asumido la decisión de procrear o adoptar a un hijo y ello, mientras éste no se encuentre en condiciones naturales y jurídicas de valerse por sí mismo, orientada a favor y servicio de los hijos y de acuerdo con su personalidad.

Actualmente, consecuencia de la citada LMSPIA, se ha producido una modificación terminológica en el art. 154 CC<sup>210</sup> criticada por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO<sup>211</sup> para quien se trata de un mero maquillaje al no introducir en realidad una regulación distinta a la ya vigente, produciendo con ello una cierta e innecesaria confusión en la calificación de “*patria potestad como responsabilidad parental*”. Pues, si bien el Convenio de la Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños recoge el término de responsabilidad parental y los legisladores han creído necesario su inclusión. Sin embargo, la no supresión del término tradicional (patria potestad) podría generar cierta confusión al designar a ambos términos el mismo concepto: la potestad que los padres progenitores ostentan sobre sus hijos menores de edad no emancipados. Por ello, apuesta por mantener la terminología tradicional aunque pueda considerarse discriminatorio para la mujer y así evitar pensar que la responsabilidad parental

---

<sup>209</sup> SSTS de 31 de diciembre de 1996; de 20 de enero de 1993; de 9 de julio de 2002 y de la Audiencia Provincial (AP) de Ávila, de 19 de junio de 2009 o de la AP de Álava, de 8 de febrero de 2010.

<sup>210</sup> Art. 154 “Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, 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. <sup>o</sup> Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2. <sup>o</sup> Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.”

<sup>211</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Más novedades en el Código Civil,” *RDA Civil-Mercantil* n.º 8/2015, p. 2.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

comprende otros supuestos distintos de la patria potestad. Por mi parte, entiendo efectivamente la necesidad de adaptar el citado precepto al referido Convenio, pero con el fin de evitar confusión quizás hubiera sido mejor redactar de la siguiente forma: “*la patria potestad como parte de la responsabilidad parental...*” o, en su caso, utilizar gramaticalmente la conjunción copulativa “o”, en lugar del adverbio de modo “como” es decir, “*la patria potestad o responsabilidad parental...*”.

En cuanto a la segunda, la representación legal forma parte de las facultades que integran la patria potestad, junto con el deber de velar por los hijos y tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral y administrar sus bienes (art. 154 CC). De ahí que se excluyen de la misma los actos relativos a los derechos de la personalidad (como son los derechos al honor, intimidad e imagen) que de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez pueda realizar los menores por sí solos. Igualmente con la LMSPIA, padece el citado precepto una modificación del término “padres” por el de los “progenitores” e incluye en la responsabilidad parental “*el deber de representación de los hijos*”. Su objeto, es proteger los intereses del sujeto representado frente a terceros, cuando su falta de capacidad (ya sea mayor o menor de edad) exige que la ley organice su esfera jurídica sustrayéndole la facultad de proveer por sí sus intereses y sustituyéndole por el juicio y decisión de otra persona. Consecuentemente, como la representación legal tiene su origen en la ley, los supuestos que contempla son *numerus clausus*, como en el caso de los titulares de la patria potestad, entre otros supuestos<sup>212</sup>.

Cabe señalar con carácter general, que en la representación legal el representante no depende de la voluntad del representado, ni en cuanto a recibir la representación ni en cuanto a instrucciones sobre el uso, pues las facultades que tiene se las establece la ley. La representación legal suple la falta de capacidad del

---

<sup>212</sup> Es decir, estaríamos, según DE CASTRO, ante un escenario de cooperación en la gestión de un asunto ajeno, que se impone por la Ley para suplir la imposibilidad de actuación jurídica eficaz del representado. Vid. DE CASTRO Y BRAVO, ob. cit., p. 180.

representado, por tanto, no debe ser confundido ni con la asistencia a personas parcialmente incapaces ni con la necesidad de que alguien preste su asentimiento al negocio celebrado por otro. Pues en tales casos, el negocio lo celebra personalmente el interesado, aunque otro le asista o asienta, a sensu contrario, en aquél lo celebra el representante por cuenta y a nombre del dominus (interesado)<sup>213</sup>.

Actualmente, la reforma operada en nuestro ordenamiento jurídico en materia de relaciones paterno-filiales, reconoce al menor como sujeto de pleno derecho e instituye la personalidad del hijo como principio básico que debe regir toda actuación de los responsables parentales. Con lo cual, y en relación al tema que nos ocupa, se permite a los menores el ejercicio de unos derechos como son los de la personalidad de ámbito personalísimo, intransferibles e irrenunciables y cuyo uso dependerá de la voluntad exclusiva de su titular<sup>214</sup>. De ahí, que el art. 162.2.1º CC prevé expresamente que se excluyen de la representación legal los actos relativos a los derechos de la personalidad de los hijos, porque la personalidad del menor no puede ser sustituida ni desplazada por la de sus representantes legales. En este sentido, reviste especial interés la STC de 29 de mayo de 2000 o la STS de 5 de febrero de 2013. Ello no significa que el menor puede actuar en el ejercicio de sus derechos de tal manera que sus decisiones atenten contra su interés superior. Es decir, si bien es cierto que el carácter personalísimo de estos derechos excluye la intervención de los representantes legales, no implica que los progenitores como responsables parentales, deban eludir su deber natural de protección<sup>215</sup>. Tal y como incluye el párrafo final del citado apartado *“No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia”*. Para LORENTE LÓPEZ<sup>216</sup>, resulta difícil pensar que el ejercicio de los derechos de los menores por sí mismos impida a sus representantes legales, que normalmente son sus

---

<sup>213</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., “La representación”, *ADC*, 1958, p. 769.

<sup>214</sup> SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., “Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del libre ejercicio de los derechos de la personalidad”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, 1º ed., vol. 4, Civitas, Madrid, 2003, pp. 952-953.

<sup>215</sup> Vid. DE CASTRO Y BRAVO, ob. cit., p. 179.

<sup>216</sup> LORENTE LÓPEZ, ob. cit., p. 104.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

padres, auxiliar o completar su capacidad. Pues si se decide excluir de la representación paterna, los actos relativos a los derechos del art. 18.1 CE, puede darse la paradoja de que el hijo quede desprotegido en todos aquellos supuestos en que no pueda ejercitar los derechos por sí mismo, por faltarle la madurez mínima exigida. Ahora bien, se debe precisar que mientras en el ámbito patrimonial los intereses económicos del menor siempre quedan protegidos por la actuación del representante legal, sin que la posibilidad de actuar por sí mismo suponga un daño en la personalidad del menor. En el ámbito de la personalidad, la intervención de los padres cuando el menor tiene suficiente capacidad natural, es un menoscabo directo de los intereses existenciales que se pretenden tutelar y por tanto, debe evitarse. Por el contrario, cuando el menor no tenga suficiente capacidad natural podrán, a tenor del deber de velar por los hijos, que les impone el art. 154 CC, tomar decisiones que afecten a la esfera personal del menor<sup>217</sup>.

A estas alturas puede afirmarse que la actuación de los responsables parentales en el ejercicio de los derechos de la personalidad, tal y como mantiene BARTOLOMÉ TUTOR, viene marcada por un deber de velar al excluirse expresamente en el art. 162.2.1 CC la función representativa de la patria potestad. Este ejercicio abarca la existencia de una función de cuidado y asistencia que acompaña el desarrollo progresivo de la personalidad del menor. Y pese a no ser los derechos de la personalidad susceptibles de sustitución, es compatible el reconocimiento de la capacidad de obrar del menor con la previsión legal de requisitos adicionales (formales o de asistencia de terceras personas) que controlen bien la efectiva concurrencia de su capacidad natural en el caso concreto, bien la conveniencia del acto que se pretende celebrar para sus intereses<sup>218</sup>.

---

<sup>217</sup> DE LAMA AYMÁ, ob. cit., p. 19.

<sup>218</sup> GARCÍA GARNICA, ob. cit., p. 87.

Como consecuencia de la citada LMSPIA, igualmente se ha producido una modificación en la redacción del art. 162. 1CC<sup>219</sup> (suprime “u otros”) e introduce “*No obstante, los responsables parentales (es decir, los padres titulares de la patria potestad) intervendrán en estos caso en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia*”, pero no especifica en qué consiste tal intervención y por consiguiente cuál es la sanción de su incumplimiento.

## **2. LA PROTECCIÓN DE LOS MENCIONADOS DERECHOS DEL MENOR EN EL ÁMBITO ESTATAL**

### **2.1. CONSIDERACIONES DE CARÁCTER GENERAL**

Con carácter general, la CE reconoce en su art. 18.1 “*El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*” y, en su art. 20.1.d) “*El derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión encuentra su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título 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*”. Asimismo, en el apartado 4º del citado art. 18 prevé “*...la limitación por medio de ley del uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar*” y en su art. 105 b) establece “*...a la vez que la ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, excluye del público conocimiento lo que afecte a la intimidad de las personas*”. Finalmente, debe tenerse presente que su art. 39 asume como principio rector de la política social y económica la protección integral de los hijos. (20.4 y 39.4 CE)

---

<sup>219</sup> Art. 162 “*Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia...*”.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

En lo que respecta a la regulación específica de tales derechos se recoge en el art. 3 LOPDH y el art. 4 LOPJM, que son junto con los preceptos de la CE antes mencionada, las normas de aplicación básica y directa a efectos de desarrollarlos.

Ya en el ámbito del proceso civil, cabe citar los arts. 138. 2 y 754 LEC (celebración de actos judiciales a puerta cerrada cuando afecte a menores). En el proceso penal, y en igual línea, el art. 35.2 LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM), (evitar la identificación de menores intervinientes en delitos). Finalmente, y como proceso novedoso civil e independiente, los arts. 59 y 60 Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV).

Por último, las Instrucciones de la Fiscalía General del Estado (FGE) han desarrollado la intervención del Ministerio Fiscal en el ámbito de tales derechos de los menores. En tal sentido, mencionar la INSTRUCCIÓN 1/1993, de 16 de marzo, sobre las líneas generales de actuación del MF en el procedimiento de la LO 4/1992, de 5 de junio; la INSTRUCCIÓN 2/1993, de 15 de marzo, sobre la función del MF y el Derecho a la intimidad de los menores víctimas de un delito; la CIRCULAR 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la LO 5/00; la CIRCULAR 1/2001, de 5 de abril, relativa a la incidencia de la nueva LEC en la intervención del Fiscal en los procesos civiles; la INSTRUCCIÓN 3/2005, de 7 de abril sobre las relaciones del MF con los medios de comunicación; la INSTRUCCIÓN 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad e imagen de los menores, la INSTRUCCIÓN 1/2007, de 15 de febrero, sobre actuaciones jurisdiccionales e intimidad de menores y la INSTRUCCIÓN 2/2011, de 11 de octubre sobre el Fiscal de Sala de Criminalidad Informática y las secciones de criminalidad informática de las Fiscalías; la Circular 2/2015, de 19 de junio de 2015, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015 y Circular 9/2015, de 22 de diciembre, sobre la intervención del MF en la Ley de Jurisdicción Voluntaria.



## 2.2. EN LA LEY ORGÁNICA 1/1982, DE 5 DE MAYO

### 2.2.1. Delimitación del ámbito de protección del menor

El art. 2.1 LOPDH dispone que *“La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará limitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia”*.

En relación al menor, advierte DE LAMA AYMÁ<sup>220</sup> que este precepto, presenta algunas particularidades que debemos exponer: 1ª.- *En cuanto a las leyes*: considera que deben manejarse la LO 1/82 y la LO 1/96, mediante una relación de complementariedad entre las mismas no de exclusión pese a que la regulación que cada ley recoge de las intromisiones ilegítimas sea diferente. Igualmente, la mayoría de la doctrina entiende que debe hacerse un esfuerzo interpretativo para establecer una relación de complementariedad entre ambas leyes<sup>221</sup>. 2ª.- *En cuanto a los usos sociales*: son aquellos comportamientos relativos al contenido del derecho y sus límites que la sociedad siente como legítimos en cada momento y lugar. Cobra especial importancia en relación a la decisión de apariencia física del menor pues socialmente no se siente como una intromisión ilegítima que los representantes legales tomen decisiones al respecto cuando el menor no tiene madurez para hacerlo por sí mismo. 3ª.- *En cuanto a los actos propios*: entiende que existen suficientes argumentos que le llevan a tener serias dudas sobre la conveniencia de tener en cuenta los actos propios de los representantes legales en relación a la delimitación del ámbito de protección de los derechos de los menores de edad. En primer lugar, hay que rechazar la idea de que los actos propios implican un consentimiento tácito a las intromisiones pues los representantes únicamente delimitan el ámbito de protección del derecho. Además, la representación legal se acepta de forma excepcional en el ámbito de los derechos de la

---

<sup>220</sup> DE LAMA AYMÁ, ob. cit., p. 121 y 125.

<sup>221</sup> GITRAMA, ob. cit., p. 213; AZURMENDI ADARRAGA, *El derecho a la propia imagen: Su identidad y aproximación al derecho a la información*, Civitas Madrid, 1997, p. 201.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

personalidad, pero sobre todo hay que tener en cuenta lo recogido en el art. 4.3 de la LO 1/96. De tal manera que, si no es necesario el consentimiento de los padres cuando la intromisión en el derecho del menor pueda resultar perjudicial, con mayor razón, no se reconocerán sus actos cuando restrinjan el ámbito de protección del derecho del menor. En definitiva, los actos propios de los titulares de la patria potestad pueden ser valorados, cuando suponen una ampliación del ámbito de protección de los derechos pero nunca cuando implican una restricción de la protección de los mismos.

Por lo expuesto, no solo la protección constitucional y legal será la medida esencial para la protección de estos derechos de la personalidad del menor sino que además los usos sociales y la actuación del menor y sus progenitores habrán de ser un elemento clave a la hora de valorar la protección que se ha de otorgar a estos derechos.

### **2.2.2. El consentimiento del menor**

El art. 3 LOPDH regula dos situaciones concretas que desarrollaré en los siguientes apartados. La primera, *el consentimiento del menor cuando tiene suficiente madurez* (art. 3.1), donde se analizará el concepto indeterminado de madurez al no haber sido definido ni en el CC ni en la citada ley y el alcance que dicho consentimiento tiene, distinguiendo entre una vertiente personal amparada en el art. 162.1 CC y 267 CC y otra patrimonial amparada en el art. 162 párr. in fine del CC. Y la segunda, *el consentimiento del menor cuando no tiene condiciones de madurez* (art. 3.2), en la que se establecen los requisitos necesarios para su validez: consentimiento escrito, conocimiento previo del Ministerio Fiscal (MF) y en caso de oposición resolución por el juez.

Naturalmente cabe mencionar, que dicho precepto se refiere única y exclusivamente al menor de edad carente de capacidad de obrar y al incapacitado a quien se le ha privado de la misma, es decir, deben atenerse a los requisitos que a

modo de *condictio iuris* de eficacia les impone el citado art. (para que el consentimiento prestado devengue plenamente eficaz y la intromisión en su honor, intimidad e imagen no sea reputada ilegítima) los menores e incapaces, pero no ampara al menor emancipado, al menor que haya obtenido judicialmente el beneficio de la mayoría de edad, o al incapacitado parcial, esta es la opinión que defiende PÉREZ DE CASTRO<sup>222</sup>, DE VERDA Y BEAMONTE y SORIANO MARTÍNEZ<sup>223</sup> y el MF en la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2006 sobre el Fiscal y la Protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen<sup>224</sup>.

En el citado precepto, se plantean dos temas novedosos objeto de estudio en el presente trabajo: -Se reconoce al menor y al incapaz una autonomía a la hora de decidir en el terreno de los derechos de la personalidad (art. 3.1 LOPDH) y se somete la validez del consentimiento prestado por el representante legal no al juez, sino a la aprobación del MF (art. 3.2 LOPDH).

Para terminar, se debe tener en cuenta que a partir de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, se abandona el empleo de los términos “*incapaz o incapacitación*”, y se sustituye por “*las personas cuya capacidad está modificada judicialmente*”. Y tal reforma terminológica en España, viene recogida en las recientes Leyes 15/2015, de 2 de julio y 26/2015, de 28 de julio, aunque en las mismas no se modifique el art. 3 de la LO 1/82.

### 2.2.3. Cuando posee condiciones de madurez

---

<sup>222</sup> PEREZ DE CASTRO, N., *El menor emancipado*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 102.

<sup>223</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., y SORIANO MARTÍNEZ, E.; *La protección del derecho a la imagen de menores e incapaces*, Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 124. Dicen que los que están emancipados, pueden por este hecho, consentir intromisiones en su honor, intimidad e imagen, ya que tendrán condiciones de madurez suficientes para ello.

<sup>224</sup> Afirma que en el caso de menores formalmente emancipados, el art. 323 CC establece que “*Están habilitados para regir su persona y bienes como si fueran mayores de edad, introduciendo una serie de excepciones a su capacidad-entre las que no se encuentra la disposición sobre su derecho al honor, intimidad y propia imagen- que, además han de interpretarse restrictivamente*”.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

El art. 3.1 recoge 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*”. Por lo tanto, el principio general es exigir el consentimiento de los propios menores o incapaces siempre que tengan una madurez suficiente, como *conditio sine qua non* para que las intromisiones en su honor, intimidad e imagen no sean ilegítimas. En consecuencia, es acorde con la solución prevista en el CC para la realización de actos que desarrollen los derechos de la personalidad del menor como así lo dispone el art. 162.1 CC<sup>225</sup>. No debemos olvidar, que la LO 1/82 es la primera norma en aplicar lo dispuesto en el citado art. 162.1 CC. Además, también el art. 267 CC excluye de la representación legal del tutor los actos que se pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley (es un caso éste del art.3 de la LO 1/82), o de la sentencia de incapacitación.

Por consiguiente, de ambos preceptos se deduce que en el ámbito de los derechos de la personalidad no rigen las reglas generales sobre la capacidad de obrar, siendo necesario para ejercer válidamente estos derechos, que el titular de los mismos posea suficiente *capacidad natural*. La capacidad natural es un concepto que alude a la situación fáctica en que se encuentra un individuo que -con independencia de su ámbito legal de capacidad de obrar- tiene la capacidad de discernimiento y juicio necesaria para comprender, dada una determinada situación, el significado, alcance y consecuencia de la decisión a adoptar.

La doctrina fundamenta en el citado art. 162 CC, una importante ampliación de la capacidad de obrar del menor<sup>226</sup> vinculada a la capacidad natural de entender y

---

<sup>225</sup> Art. 162.1. “*Que los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados, salvo en los actos relativos al derecho de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo*”.

<sup>226</sup>La edad deja de ser un límite infranqueable para la capacidad de obrar, DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1952, reimpresión de 1984, pp. 174 y ss., se reconoce a los menores una capacidad vinculada a su capacidad natural de entender y querer. Vid. también JORDANO FRAGA, ob. cit., p. 883.

querer al alcance de los propios actos. Por lo tanto, cabe suponer<sup>227</sup> que el menor con madurez suficiente puede realizar por sí solo: a) Los actos relativos a los derechos de la personalidad. b) cualquier otro acto que las leyes le permitan realizar. En realidad, la excepción del mencionado art. 162 CC no excluye de la representación legal a los derechos de la personalidad del menor, sino sólo aquellos actos de ejercicio de los mismos que éste pueda realizar por sí solo. La excepción por tanto, no tiene un carácter absoluto, sino relativo, y no se refiere a un tipo de derechos globalmente considerados, sino sólo a aquellos actos de ejercicio que el menor pueda realizar por sí solo<sup>228</sup>. En otras palabras, esta excepción "...no se refiere a una categoría de derechos, sino a la eventual capacidad natural con respecto a esos derechos"<sup>229</sup>.

Por parte de nuestros tribunales, y en línea con la mayoría de la doctrina que consideran válido el consentimiento dado por el menor maduro, son interesantes las SSTs de fecha 19 de julio de 2000<sup>230</sup> y de 26 de marzo de 2003<sup>231</sup>, supuesto éste último harto discutible debido a las dudas existentes sobre las condiciones de madurez del menor de catorce años debido a una incapacidad no acreditada.

Ahora bien, no cabe duda, de que cualquier entidad -desde una agencia de publicidad a una productora de cine- a la hora de contratar la explotación comercial de la imagen de un menor no se conformará con su consentimiento- aunque la madurez del sujeto en cuestión esté garantizada a primera vista-. En definitiva, a pesar de que la citada ley manifiesta una clara voluntad de conceder la máxima eficacia al consentimiento del menor y del incapaz, en la práctica tal propósito está muy limitado.

Después de todo, se debe precisar que sólo pueden solicitar la modificación de la capacidad del menor quienes ejercen la patria potestad o tutela y obtener tal

---

<sup>227</sup> Aunque sea haciendo una interpretación hasta cierto punto correctora de la literalidad de la norma, como opina MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, C., *Curso de derecho civil I*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2001, p. 147.

<sup>228</sup> NAVARRO MICHEL, ob. cit., p. 49.

<sup>229</sup> Como puntualiza DÍEZ PICAZO, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, 3ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2008, p. 129.

<sup>230</sup> La Ley 149286/2000.

<sup>231</sup> La Ley 1446/2003.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

modificación por sentencia judicial (art. 199 CC). Comparto la opinión de ROYO JARA<sup>232</sup> que por la vía de la declaración de la incapacidad se está introduciendo de modo indirecto una limitación al consentimiento del menor o incapaz no recogido en la citada ley, pues los padres y tutores tienen la posibilidad legal de oponerse al consentimiento de los hijos incapacitándoles.

### **2.2.3.1. Concepto de madurez**

Como consecuencia de ser la madurez un concepto jurídico indeterminado surge la cuestión de ¿qué se entiende por madurez? Cabe recordar, que la primera redacción del art. 3 del Proyecto de la Ley de 1982<sup>233</sup>, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG) el 19 de diciembre de 1979, limitaba el consentimiento de los menores a la vez que establecía un criterio objetivo para determinar el grado de madurez suficiente del menor, fijando la edad de 12 años como aquélla en la que el sujeto puede entenderse que cuenta con la suficiente aptitud para consentir, a la par que exigía la concurrencia de la autorización del representante legal. Sin embargo, en su texto definitivo se abandonan los límites de edad para la fijación de la validez del consentimiento del menor e incapaz, y se introduce de este modo un cierto relativismo, pues el problema surge a la hora de precisar cuáles son las circunstancias que determinan la madurez.

Existen diversas opiniones doctrinales a la hora de interpretar tal concepto pero no hay unanimidad sobre el mismo. Para CONDE-PUMPIDO<sup>234</sup> que es un concepto normativo indefinido, y ha de ser determinado en cada caso según criterios o patrones sociales que fijan las condiciones psicofísicas del menor o incapaz con aptitud para ceder una parcela de su intimidad. Incluso será un concepto cambiante y

---

<sup>232</sup> ROYO JARA, ob. cit., p. 114.

<sup>233</sup> Art. 3 del Proyecto *“Los incapaces mayores de doce años y los menores que tengan suficiente uso de razón habrán de contribuir, junto con un representante legal, a la prestación del consentimiento o a su revocación. En los demás casos, el representante legal habrá de contar con la autorización del juez”*.

<sup>234</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *“La intervención del Ministerio Fiscal en la autorización prestada por menores e incapacitados en las intromisiones a su honor, intimidad y derecho a la propia imagen”*, RGD, 1984-I, pp.659 y 667 y 1984-II, pp. 979 y 985.

asumible o no por el mismo sujeto, según sea la importancia del acto intromisión que se pretende autorizar y la trascendencia de la parcela de la intimidad que se pretende ceder. Por contra, HERNÁNDEZ GIL<sup>235</sup> la interpreta desde la expresión *condiciones de madurez*, en cuanto que son las que permiten el otorgamiento de consentimiento, y lo equipara al término *suficiente juicio* del CC (arts. 92 y 156), actualmente, *suficiente madurez* conforme a la Ley 26/2015, definiéndola como la aptitud para tomar una decisión consciente y libremente, pues a sensu contrario, bien sea por consecuencia de la edad o de enfermedad mental, el acto será nulo sin que pueda producir efecto jurídico válido. La aptitud del menor para consentir es la aptitud para manifestar la voluntad de forma vinculante en actos dispositivos sobre alguna de las facultades que forman parte del contenido de los derechos al honor, la propia imagen o la intimidad personal y familiar. Por su parte, DE PRADA GONZÁLEZ<sup>236</sup> entiende que el concepto de tener suficiente juicio es más amplio que el de madurez. De manera que, el suficiente juicio debe referirse a ser capaz de comprender el trabajo que se va a realizar y cree que deberá ser interpretado ampliamente en la jurisprudencia en beneficio del menor para evitar posibles situaciones de explotación. Tal es así, que todo menor que está en condiciones de hacer una prestación personal, debería considerársele con juicio suficiente para saber si quiere o no hacerla, hasta el punto que quizás hubiera sido preferible, en vez de exigir el consentimiento conceder al hijo la facultad de oponerse a ese acto no sólo si tiene suficiente juicio sino en todo caso. En igual línea, se manifiesta SANCHEZ-CALERO<sup>237</sup>. En cambio, RIVERO HERNÁNDEZ<sup>238</sup> sostiene que la madurez no es una cuestión que se pueda responder en sentido afirmativo o negativo, sino que depende de la relevancia del acto en cuestión, y es graduable. Un menor puede no tener madurez para unas cosas y sí para

---

<sup>235</sup> HERNÁNDEZ GIL, F., considera que el consentimiento expreso del menor en “*condiciones de madurez*” tiene plena validez jurídica, como si se tratara de un sujeto con total capacidad de obrar, salvo que la manifestación del consentimiento se hubiera efectuado concurriendo cualquier vicio de la voluntad. Vid. *El Ministerio Fiscal en las instituciones protectoras del menor*, AAMN, Madrid, 1995, p. 105.

<sup>236</sup> DE PRADA GONZÁLEZ, J. M., *La patria potestad tras la reforma del Código Civil*, AAMN, T.XXV, p. 393.

<sup>237</sup> SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 155.

<sup>238</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, 2ª ed., Dykinson, Madrid 2007, p. 59.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

otras. Por lo tanto, es una cuestión de hecho que deberá ser apreciada caso por caso pues, en sus palabras “no hay menor, sino menores”.

Jurídicamente, el término de “si sus condiciones de madurez lo permiten” se refiere a la falta de capacidad de obrar, aunque existe capacidad de entender y querer (conciencia y voluntad). Consecuentemente, la celebración de un negocio jurídico normal daría lugar a la anulabilidad del mismo por defecto de la capacidad. Para evitar la inseguridad jurídica que provoca tal concepto, algunos autores como RAMOS CHAPARRO<sup>239</sup> o CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ<sup>240</sup> proponen fijar una edad a partir de la cual presumir esa capacidad natural y la fijan en doce años al igual que se recogía en el proyecto de ley. Sin embargo, para HERRERO TEJEDOR<sup>241</sup> se acoge a la tradicional del uso de la razón en los siete años. Por su parte, CONDE-PUMPIDO<sup>242</sup> establece un abanico entre doce-catorce, concretando que habrá madurez en todo caso a partir de los catorce años y en actos sin especiales rasgos de complejidad a los doce y en último término, será necesario acudir a la orientación de otras manifestaciones de la capacidad de obrar del menor recogidas en el CC.

Advierte DE LAMA AYMÁ<sup>243</sup> que el menor debe ejercer sus derechos de la personalidad siempre que tenga suficiente madurez, pues lo contrario, sería vulnerar su dignidad y su personalidad, pero se decanta por establecer unos límites que hacen que el menor en determinados casos no pueda actuar.- *El primer límite* es la protección de la propia personalidad del menor que realice determinadas actividades que en sí mismo entrañen un menoscabo de autogobierno, en este caso la posibilidad

---

<sup>239</sup> RAMOS CHAPARRO, E. J., *La persona y su capacidad civil*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 378, la fija en doce años por ser la edad más baja en que el ordenamiento civil reconoce expresamente la relevancia de la capacidad natural. Vid. Igualmente en “Niños y jóvenes en el derecho civil constitucional” *Derecho privado y Constitución*, 1995, pp. 167 y 229, también la fija en los doce.

<sup>240</sup> CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L., *Honor, intimidad e imagen. Un análisis jurisprudencial de la LO 1/1982*, Bosch, 1996, p. 135 considera que, salvo extraños casos de niños prodigio utilizados por su progenitores u otras personas de su entorno para satisfacer codiciosos fines, la edad de siete años es excesivamente corta para que un niño pueda discernir con total claridad lo que es bueno para él.

<sup>241</sup> HERRERO-TEJEDOR, ob. cit., p. 222.

<sup>242</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, ob. cit., p. 666.

<sup>243</sup> DE LAMA AYMÁ, ob. cit., pp. 106-107.



del menor de actuar por sí mismo quedará eliminada. Sirva de ejemplo el menor con el mundo de las sectas, anorexia o uso de drogas, las cuales son situaciones que entrañan una disminución o incluso una eliminación de la capacidad de autogobierno por lo que son contrarias al libre desarrollo de la personalidad del menor que es, en definitiva, el objetivo último que se pretende proteger. Por el contrario, no existe menoscabo de la personalidad cuando el menor tome decisiones vitales o existenciales por relevantes que éstas sean y por muy contrarias a la opinión de los padres, como por ejemplo, cuando se decida elegir una carrera u otra, practicar un determinado deporte que pueda conllevar algún tipo de riesgo etc.-El *segundo límite* es que el ejercicio del derecho por el menor con suficiente capacidad natural no puede suponer la vulneración o menoscabo de otros derechos constitucionales, por ejemplo, que se vista con ropas que inciten a la xenofobia o el racismo. -Y el *último límite* en el ejercicio de los derechos de la personalidad del menor con suficiente madurez es la ley. Como pueden ser los actos relacionados con la disposición del propio cuerpo en supuestos médicos o sanitarios, pues la posible equivocación en la apreciación de la existencia de madurez suficiente tiene unas consecuencias irreparables. Por ello, se prefiere retardar a los dieciocho años la actuación del menor. Sin embargo, la singularidad de la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, extendió la capacidad de otorga el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo a las menores de 16 y 17 años equiparándolas al régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad establecido en el CC como así lo recogía su art. 13.4<sup>244</sup>. Pero la reciente la LO 11/2015, de 21 de septiembre, con el fin de reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, ha suprimido dicho apartado, de manera que además de la manifestación de su voluntad, será preciso el consentimiento expreso de los titulares de la patria potestad.

---

<sup>244</sup> En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad. Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer. Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo”.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

Finalmente, la Instrucción 2/2006, establece los parámetros de la legislación civil y la normativa sectorial en cada caso para determinar el concepto de menor con madurez, fijándolos en la misma línea que la doctrina<sup>245</sup>. La jurisprudencia, tampoco se decanta por fijar una edad concreta, pero si parte de una presunción de madurez en la que se dice que “no hay prueba de lo contrario” a partir de los catorce o dieciséis años y así, en este sentido cabe citar las SSTs de fecha 19 de octubre de 1992, de 7 de octubre de 1996, de 19 de julio 2000 y de 26 de marzo de 2003.

A mi juicio, es delicado fijar el límite en una edad concreta para determinar la suficiente madurez del menor en esta materia en la que las decisiones afectan a una esfera tan personal e íntima, sería más satisfactorio fijar unos bloques de edad a modo de orientación tomando como referencia las reglas previstas en el CC y poniéndola en relación con el ejercicio de los derechos de la personalidad (desfilarse en una pasarela, posarse para que sea tomada una fotografía ...) pero el autogobierno suficiente para manifestar sobre este extremo no impide que el menor pueda no tener capacidad natural para valorar los perjuicios que puede causarle las circunstancias que rodean al ejercicio de los derechos propiamente. En tal sentido, se establece la presunción de que los menores de doce años no reúnen las condiciones de madurez suficiente para tener suficiente juicio, y a partir de los dieciséis años, esa capacidad natural se presume. De todo ello, se deduce que existe una franja de edad conflictiva que va desde los doce años a los dieciséis en la cual es posible que el menor tenga madurez suficiente para ejercer sus derechos de la personalidad. En cualquier caso, deberá estarse al caso concreto para valorar la madurez del menor, la relevancia del acto y si

---

<sup>245</sup> Se remite a la legislación civil a los efectos de determinar qué deba entenderse por menor con condiciones de madurez suficiente. Pero el CC no contiene un precepto específico que defina con carácter general cuándo debe considerarse maduro a un menor. Existen, eso sí, en el CC y en Leyes especiales, preceptos en relación con materias concretas en los que se dota al menor. Ello, lleva a la necesidad de integrar este concepto jurídico indeterminado, valorando todas las circunstancias concurrentes en cada caso, partiendo de que la capacidad general de los menores no emancipados es variable o flexible, en función de la edad, del desarrollo emocional, intelectual y volitivo del concreto menor y de la complejidad del acto de que se trate. En todo caso como se analizará, la relevancia del consentimiento del menor ante intromisiones a través de medios de comunicación queda muy debilitada tras la LO 1/1996.

es posible que el menor actúe por sí mismo o no, para lo cual, tal y como acertadamente opina BARTOLOMÉ TUTOR<sup>246</sup> será necesario tener un apoyo en otras ciencias cuales son la neurociencia y la psicología que nos ayuden a entender mejor, desde un punto de vista biológico y psicológico, cómo es ese desarrollo madurativo del menor y cuáles son sus previsibles respuestas ante determinados actos.

### 2.2.3.2. ¿Quién determina la madurez del menor?

Como consecuencia de la falta de determinación jurídica del concepto de madurez del menor, se plantea otra cuestión ¿quién debe valorar si el menor o el incapaz están en condiciones de dar válidamente un consentimiento? Algunos autores como CONDE-PUMPIDO<sup>247</sup>, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL<sup>248</sup> y MARCHENA GÓMEZ<sup>249</sup>, han analizado tal cuestión, de manera que el primero, se inclina por encomendar esta tarea con carácter general a los representantes legales del menor, eventualmente también el que contrata con el menor o incapaz puede tener interés en valorar, por sí, si aquél posee o no madurez para consentir y dar validez al contrato, esto es, para prestar su aceptación con eficacia jurídica y como norma práctica, en el caso de los contratos que se lleven a cabo en escritura pública, deberá dar fe el notario de que el menor o incapaz tiene a su juicio madurez suficiente para consentir el acto objeto del contrato, y excepcionalmente, puede utilizarse un dictamen pericial (psicológico, esencialmente) que corrobore la apreciación de la madurez del menor que consiente por sí mismo, y que se incorpore al contrato, como prueba preconstituida de la validez de ese consentimiento. El segundo, añade la necesidad de un control judicial a la tarea de los representantes legales. Y el último, se inclina también por un posible control judicial<sup>250</sup> Por su parte, DE VERDA Y BEAMONTE y

---

<sup>246</sup> BARTOLOMÉ TUTOR, ob. cit., p. 147

<sup>247</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, ob. cit., p. 664.

<sup>248</sup> FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, A., "Derecho a la propia imagen del menor", *AC*, I, nº 7, p. 6.

<sup>249</sup> MARCHENA GÓMEZ, M., "La protección de la intimidad de los menores: perspectivas civil y penal", *RDG*, 1994, p. 12486.

<sup>250</sup> Así lo advierte MARCHENA, ob. cit., p. 12492; y la propia Instrucción 2/1993 de la Fiscalía del Estado, en sus apartados. II Y III, apuntando ambos la posibilidad de que en este supuesto los representantes legales incurran en responsabilidad frente al menor.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

SORIANO MARTÍNEZ<sup>251</sup>, exponen que corresponde únicamente a los juzgadores determinar si el menor tiene condiciones de madurez para dar el consentimiento. En ese sentido, manifiestan que “...el dato al que hay que atenerse para decidir si el menor o incapaz puede permitir la captación, reproducción o publicación de su figura, es el de si tiene, o no, condiciones de madurez suficientes para ello, lo cual remite, inexorablemente a la apreciación judicial”.

A sensu contrario, GARCÍA GARNICA<sup>252</sup> considera que la carga de la prueba de controlar la suficiente madurez del menor compete únicamente a los destinatarios de su consentimiento. En igual línea, se pronuncia la SAP Madrid, Sección 19ª, de 11 de marzo de 1999<sup>253</sup>. Ahora bien, puntualiza que si con posterioridad se comprobara que el menor carecía de suficiente madurez para consentir una determinada intromisión, su consentimiento carecerá de eficacia legitimadora de la misma. Igualmente lo confirma la SAP Madrid de 23 de mayo de 1997<sup>254</sup>.

Según DE LAMA AYMÁ<sup>255</sup>, cabe añadir la paradoja que podría darse cuando el menor considere que tiene madurez suficiente y los padres no lo creen así, en tal caso, se deberá aplicar lo dispuesto en el art. 163 CC, se nombrará un defensor que analizará si el menor es capaz de prestar el consentimiento por sí mismo porque tiene capacidad natural, o si debe intervenir el titular de la patria potestad o tutela puesto que no la tiene.

---

<sup>251</sup>DE VERDA Y BEAMONTE, y SORIANO MARTÍNEZ, ob. cit., p. 125.

<sup>252</sup>GARCÍA GARNICA, ob. cit., p. 202.

<sup>253</sup> AC 1999/721, “*Que en relación a un supuesto en el que le menor de cuya imagen e intimidad se dispuso carecía de capacidad natural, afirmó que era obligación del destinatario del consentimiento del representante legal del menor cerciorarse de que éste había satisfecho los requisitos a los que la LO 1/82 sujeta la validez del consentimiento. Si posteriormente se comprobara que el menor carecía de suficiente madurez para consentir una determinada intromisión, su consentimiento carecerá de eficacia legitimadora de la misma.*”

<sup>254</sup> “*El desconocimiento de la situación de inmadurez del menor para prestar por sí mismo el consentimiento (ya que a pesar de su edad, adolecía de un “retraso”), no puede ser causa de justificación de la intromisión realizada en su intimidad ni tiene relevancia como excepción a la existencia de una intromisión ilegítima.*”

<sup>255</sup> DE LAMA AYMÁ, ob. cit., p. 158.

A mi parecer, quien debe valorar la madurez del menor para consentir son los representantes legales, pero ante un determinado supuesto de hecho en el que surja un conflicto de intereses respecto a la madurez del menor en relación al acto jurídico a examinar, la facultad de determinar su madurez se le conferirá al MF, teniendo en cuenta que asume la salvaguarda del interés superior del menor, y por ende, su actuación conferirá seguridad jurídica al acto específico que se vaya a producir. En todo caso, la última palabra la tienen los tribunales y ello, aunque el resto de operadores jurídicos pudieran tener una postura al respecto y que la misma pueda ser conforme a las normas, pues la impugnación del acto conllevará un examen por parte del Tribunal de la validez del consentimiento prestado en relación al concepto ya mencionado de madurez del menor.

#### **2.2.3.3. Carácter y alcance del consentimiento del menor**

En cuanto al carácter del consentimiento del menor con condiciones de madurez suficientes para prestarlo, pese a que el art. 3.1 LOPDH guarda silencio a la hora de determinar si debe otorgarse por escrito, en cualquier caso, debe ser expreso tal como recoge el art. 2.2 LOPDH. Por su parte, la jurisprudencia, entiende que debe ser inequívoco y así lo ha proclamado la STS 22 de febrero 2006<sup>256</sup>, y expreso, tal como lo ha manifestado la STS de 11 de marzo de 2009<sup>257</sup>, por tanto, no cabe la doctrina de los actos propios.

Con respecto al alcance del consentimiento del menor, es necesario distinguir dos vertientes: personal y contractual. En relación a la dimensión personal, se refiere a aquellos actos dispositivos relativos al contenido esencial de los derechos de la personalidad como el ejercicio de las facultades que integran el contenido de los derechos al honor, intimidad e imagen, o el consentimiento a una intromisión, amparados en el art. 162.2. 1 CC que no necesitan el consentimiento de sus padres. Y en lo atinente a la dimensión patrimonial, serán aquellos actos relativos a los intereses

---

<sup>256</sup> RJ 2002/21.

<sup>257</sup> RJ 2009, 1638.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

patrimoniales conexos los derechos de la personalidad, si bien únicamente atañe al derecho a la imagen y a la intimidad<sup>258</sup> pero nunca el derecho al honor<sup>259</sup>. Cuando se trata de negocios jurídicos dispositivos de estos derechos con fines comerciales o publicitarios, si necesitarán el consentimiento de sus padres

Esto supone que, solo los actos relativos al ejercicio de la vertiente moral o personal de los derechos al honor, intimidad e imagen son actos personalísimos no susceptibles de representación sujetos únicamente a la capacidad natural del titular de estos derechos, independientemente de que sea una persona mayor, menor incapacitada o no. Por el contrario, los actos relativos al ejercicio de la vertiente patrimonial, concretamente el derecho a la intimidad o el derecho a la imagen, como puede ser el contrato por el cual el titular revela datos personales o explota su imagen y que generalmente incluye una prestación personal del propio menor que les hace susceptibles de comercialización (amparados en el art. 162 párr. in fine del CC) sus padres necesitan completar la capacidad del menor.

En definitiva, cuando el acto afecte únicamente a la dimensión personal, el menor con condiciones de madurez, puede dar personal y directamente el consentimiento para consentir la intromisión de terceros. Sirva de ejemplo los casos

---

<sup>258</sup> No hay unanimidad en cuanto a celebrar negocios jurídicos dispositivos y de carácter patrimonial sobre los derechos a la intimidad y propia imagen del menor, aunque la postura mayoritaria considera que si se puede disponer de la vertiente patrimonial de ambos derechos, en este sentido, IGARTÚA ARREGUI o GARCÍA GARNICA. IGARTÚA ARREGUI, F., *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 103. GARCÍA GARNICA, ob. cit., pp. 186-187. En cambio, otros autores como MACÍAS CASTILLO o LORENTE LÓPEZ consideran que no puede disponerse de la vertiente patrimonial del derecho a la intimidad de los menores. MACÍAS CASTILLO, A., "EL consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen", *La Ley* n°6911-6913,20008, pp. 1 y15. LORENTE LÓPEZ, ob. cit., p. 94.

<sup>259</sup> Es pacífica la doctrina que excluye el derecho al honor. Aunque cabe el consentimiento de su titular como causa de justificación de una intromisión en este derecho, no serán válidos los negocios jurídicos dispositivos relativos al mismo, pues serían contrarios a la moral y al orden público, al tiempo que su objeto sería un bien jurídico ajeno al comercio. En este sentido, CLAVERÍA, ob. cit., pp. 53 y-63, HUALDE, ob. cit., p. 348, SANTOS MORÓN, *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos. Honor, intimidad e imagen*, Escuela libre, Madrid, 2000, p. 178, VIDAL MARTÍNEZ, *El derecho a la intimidad en la LO de 1/82*; Montecorvo, Madrid, 1984, p. 82. Incluso de insólito califica O'CALLAGHAN, el consentimiento a una lesión citando el supuesto de la STS 7de marzo de 1990.

en que el menor da su autorización para que le sea realizada una fotografía; que el estudio de fotografía ponga en el escaparate una foto del menor; que la escuela cuelgue fotos en su página web de las actividades que realizan los menores o cuando el menor aparezca en televisión para dar su opinión sobre la manifestación a la que asiste o sobre el espectáculo de marionetas que acaba de ver o cuando divulgue datos, etc. En tal caso, se aplicaría lo establecido en el art. 162.2 CC, para la autorización de uso (exclusión de antijuridicidad), de tal forma, que cuando el menor tenga madurez suficiente deberá ejercer por sí mismo sus derechos de personalidad sin necesidad de que concurra el consentimiento de sus padres<sup>260</sup> e incluso cuando el menor que aparezca en televisión tenga una minusvalía del 66%<sup>261</sup>.

Ahora bien, cuando el acto afecta (además) a la dimensión patrimonial del derecho a la imagen o la intimidad, es decir, va unido a la celebración de un contrato por el que el menor divulga datos que permitan su identificación o debe posar o representar escenas para anuncio, película etc., al tener la calificación de contrato de prestación de servicios se aplica el último párr. del art. 162 CC que dispone lo siguiente *“Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficientemente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el art. 158”*. Por lo tanto, en el presente caso coexisten el consentimiento personal y el consentimiento contractual. Por consiguiente, el menor que tenga madurez suficiente deberá prestar su consentimiento a la intromisión y su consentimiento al contrato reservado concretamente a la intimidad e imagen que suponga una prestación personal mientras que los representantes legales deberán completar la capacidad contractual del menor prestando a su vez su consentimiento<sup>262</sup>. De manera que, el consentimiento contractual lo presta el menor

---

<sup>260</sup> La STS de 19 de julio de 2000 (RJ 6573), considera que un menor de dieciséis años tiene madurez suficiente para consentir el uso de su imagen en un concurso de televisión de cierto contenido picante.

<sup>261</sup> La STS de 19 enero 2010 (RJ 2010, 1579), no consideró intromisión ilegítima la entrevista emitida en octubre de 2002 por el programa de *“Crónicas Marcianas”* a una persona que tenía una minusvalía del 66 por cien.

<sup>262</sup> DE LAMA AYMÁ, ob. cit., pp. 139 y 141, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *“Notas sobre la protección del menor en la esfera de los denominados “derechos de la personalidad con especial referencia a la imagen, en la tutela de los derechos del menor”, 1º Congreso Nacional de Derecho civil, Córdoba, 1984, pp. 221 y 227.*

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

de edad aunque éste deberá ir acompañado por el de su representante para completar su capacidad y evitar la anulabilidad del contrato. Mientras que el consentimiento a la intromisión a los derechos de la personalidad es una mera autorización, el consentimiento a la realización de una prestación personal es un verdadero consentimiento contractual.

Hay que indicar, que a la hora de determinar el alcance del consentimiento, no existe unanimidad doctrinal. Así, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL<sup>263</sup> manifiesta que el menor incluso podría celebrar negocios jurídicos con eficacia, dependiendo claro está, del tipo de negocio de que se trate, así como de la edad y el grado de madurez. En cambio, RAVANAS<sup>264</sup> sostiene que conforme al CC el *consentimiento* tiene dos significados bien distintos, que no deben confundirse. Por una parte, es considerado como uno de los elementos fundamentales de todo contrato (presupone al menos una dualidad de manifestaciones de voluntad). Por otra, es sinónimo de autorización o permiso, no es más que un simple permiso dado a un tercero, sin que ninguna de las personas enfrentadas adquiera obligaciones. En similar línea, ROYO JARA<sup>265</sup> si bien diferencia aún con más intensidad el consentimiento con o sin contrato. Pero, SÁNCHEZ-CALERO<sup>266</sup> mantiene que sólo tiene sentido cuando mediante la autorización a la intromisión se puede articular la vertiente patrimonial de los derechos de la personalidad. Con lo cual, el derecho de que se trate, debe ser susceptible de explotación económica, pero ello no significa que el titular del derecho debe obtener un precio o ganancia a cambio de la prestación del consentimiento a la intromisión. Así pues, si lo normal es que la facultad de uso del derecho de la personalidad ajeno se obtenga mediante precio, el que en un caso concreto su titular conceda esta facultad gratuitamente no excluye la existencia de un contrato. Sin

---

<sup>263</sup> FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, ob. cit., p. 5.

<sup>264</sup> RAVANAS, ob. cit., pp. 85- 86.

<sup>265</sup> ROYO JARA, el consentimiento sin contrato sería un acto gracioso de amistad o condescendencia, una autorización que se reduce a un tolerar o no oponerse explícitamente a la intromisión, mientras que en el consentimiento con contrato habría un acuerdo de voluntades, del que surgirían obligaciones para ambas partes. Vid. Ob. cit., pp. 96 y 102.

<sup>266</sup> SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, ob. cit., p. 157.



embargo, SANTOS MORÓN<sup>267</sup> entiende que el mero consentimiento a la intromisión aunque no se celebre un contrato relativo al derecho lesionado puede generar ciertas obligaciones a cargo del titular del mismo. Por contra, ROVIRA SUEIRO<sup>268</sup> interpreta que el consentimiento no es una manifestación del mismo generador de un vínculo obligacional sino que se trata de una autorización cuyo efecto es la supresión de la ilicitud en ningún caso el de ser fuente de obligaciones.

A mayor abundamiento, y en contra de las dos vertientes del consentimiento, diferenciadas, hay otros autores<sup>269</sup> que las igualan y comparten que ambos consentimientos son necesarios. En tal sentido, mantienen que cuando un acto reúne el elemento personalista y el patrimonial al mismo tiempo, como sucede en el contrato relativo a la intimidad o imagen del menor, y no está emancipado, serán necesarios dos consentimientos, el del menor, que perfecciona el contrato, y el del representante legal que complementa la capacidad de aquél sin que pueda prescindirse de ninguno de ellos debiendo concurrir por tanto ambos consentimientos, pues estaríamos ante un contrato sin efectos en la esfera del menor pero vinculante entre las partes que han prestado el consentimiento, por entender que debe ser tratado como el contrato realizado por un representante sin poder.

Lo cierto es, que la distinción de las dos vertientes del consentimiento personal y patrimonial también encuentra apoyo en nuestra jurisprudencia del TC, en buena medida inspirados en el right of publicity del Derecho anglosajón. Y en este tenor, la STC 26 de marzo de 2001<sup>270</sup> analiza ambas vertientes, considerando que cuando se

---

<sup>267</sup> SANTOS MORÓN, ob. cit., p. 182.

<sup>268</sup> ROVIRA SUEIRO, M. E., *El derecho a la propia imagen. Especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito*, Comares, Granada, 2000, pp. 72-73.

<sup>269</sup> Consideran que la falta de uno de ellos es un supuesto de nulidad relativa RUIZ-RICO RUIZ, J. M. y GARCÍA ALGUACIL M. J., *La representación legal de menores e incapaces*, Aranzadi, Navarra, 2004, pp., 100-101; VENTOSO ESCRIBANO, A., *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, Colex, Madrid, 1989, por la nulidad “aunque susceptible de una posible ulterior a iniciativa del hijo”, p. 150.

<sup>270</sup> Establece que en nuestro Ordenamiento (...) se reconoce a todas las personas un conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de su imagen. Sin embargo, esa dimensión legal del derecho no puede confundirse con la constitucional, ceñida a la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana y con la garantía de un ámbito privado libre de intromisiones ajenas. La protección de los valores económicos, patrimoniales o comerciales de la imagen afectan a bienes jurídicos distintos de los que

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

autoriza la intromisión en el derecho al honor, a la intimidad y a la imagen sin que ni el titular de los derechos ni quien realiza la intromisión persigan su valor comercial, se ejercen los citados derechos sin entrar en juego el contenido patrimonial debiendo tratarse el tema desde el punto de vista de la protección de unos derechos fundamentales y de la personalidad. Por otro lado, estamos ante un contrato cuando el titular del derecho concede a un tercero de forma onerosa o gratuita, un derecho de explotación de su intimidad e imagen lo cual implica que ésta tiene un valor de mercado.

Ahora bien, tal cuestión surge consecuencia de que la LOPDH no modifica las reglas de capacidad contractual, ni ampara la contratación de menores de edad ya que no piensa en ella. De ahí, que la doctrina sostenga que el legislador configura el consentimiento a las intromisiones en los derechos que estamos tratando como una causa de justificación que excluye la antijuridicidad de aquella<sup>271</sup> y que el citado consentimiento no implica una abdicación total de tales derechos sino tan sólo el parcial desprendimiento de alguna de sus facultades tal como se recoge en su Exposición de Motivos y así lo comparten autores como ROYO JARA<sup>272</sup>, AZURMENDI ADARRAGA<sup>273</sup>, GITRAMA<sup>274</sup>, DE LAMA AYMÁ<sup>275</sup> y SANTOS MORÓN<sup>276</sup>.

En último lugar, también existe discusión doctrinal en cuanto a la dimensión contractual. Dando lugar a dos posturas doctrinales cuales son si con base en el art. 162.3 CC ese consentimiento contractual lo prestan los representantes legales con

---

son propio de un derecho de la personalidad y por ello, aunque dignos de protección y efectivamente protegidos, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen del art. 18.1 CE ( FJ 2 y 3).

<sup>271</sup> AZURMENDI ADARRAGA, ob. cit., pp. 165 y 171; DE COSSIO, M., *Derecho al honor. Técnicas de protección y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 61; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 123; CREVILLÉN SÁNCHEZ, ob. cit., p. 42; IGARTÚA ARREGUI, ob. cit., p. 103, VIDAL MARTÍNEZ, ob. cit., p. 75.

<sup>272</sup> ROYO JARA, ob. cit., p. 100.

<sup>273</sup> AZURMENDI ADAGARRA, ob. cit., p. 205.

<sup>274</sup> GITRAMA, ob. cit., p. 218.

<sup>275</sup> DE LAMA AYMÁ, ob. cit., p. 133.

<sup>276</sup> SANTOS MORÓN, ob. cit., p. 184; DE LAMA AYMÁ, ob. cit., p. 134.

asentimiento del menor<sup>277</sup>, o si el consentimiento es del menor con asentimiento de sus representantes legales<sup>278</sup>. Esta tendencia final es la más generalizada, y la que ha sido recogida por la LOPDH, en ella se razona que en relación a los derechos de la personalidad, es el propio menor quien debe decidir, limitándose los padres o tutores más que a representar, a asistir al menor, quien tiene en el terreno de los derechos de la personalidad, una autonomía reconocida por la ley.

Por mi parte, coincido con la mayoría de la doctrina que si se puede celebrar negocios jurídicos dispositivos y de carácter patrimonial sobre el derecho a la imagen y a la intimidad del menor de edad, pero éste debe consentir con el visto bueno (labor de asistencia) de sus representantes legales y ello, en consonancia con la premisa reconocida en la presente ley como es la autonomía en los derechos de la personalidad del menor, ahora bien, pese a ser posible celebrar negocio jurídico

---

<sup>277</sup> GETE-ALONSO y CALERA, M.C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1992, p. 53; AMAT LLARI, E., *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*, La Ley, Madrid, 1992, p. 12, afirma que en el caso del derecho a la imagen el consentimiento del titular para su utilización no es una mera autorización, como sucedería en el caso de la intimidad sino un consentimiento contractual que supone un acuerdo para la cesión de la imagen con o sin exclusiva, consentimiento que debe ser prestado por persona con capacidad para contratar. CREVILLÉN SÁNCHEZ, ob. cit., p. 106 y SALVADOR CODERCH sostiene que cuando la ley orgánica 1/82 exige el consentimiento del menor "...no ampara la contratación por menores de edad, entre otras cosas, porque no piensa en ella; trata del ejercicio de los derechos de la personalidad que regula, y confirma su ejercicio, en la medida de lo posible, como algo personalísimo", ob. cit., p. 382.

<sup>278</sup> Como señala O'CALLAGHAN, "...este menor incapaz, pero que tiene condición de madurez, podrá dar su consentimiento personal y directamente para la obtención de su imagen, según dicho art. 3.1 de la LO 1/82, pero si ello lleva consigo la celebración de un contrato por el que el menor deba posar o rodar escenas, dicho contrato tendrá que realizarlo el representante legal de dicho menor ya que el menor carece de capacidad de obrar y, por tanto, contractual, pero aquél lo hará con la conformidad del menor, al tener la calificación de contrato de prestación de servicios aplicándose el último párr. del art. 162 del CC para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio"; ob. cit., p. 143. Vid. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *La tutela. Actos personalísimos*, en *"La protección jurídica del discapacitado"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, solución extensible a los supuestos de tutela y patria potestad prorrogada y rehabilitada. p. 162; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 1839; ROYO JARA, ob. cit., p. 111. Asimismo consideran que el menor es quien presta el consentimiento contractual RUBIO SAN ROMÁN, J. I., "Comentario al art. 162 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil*, T. II, vol. 2º, (Coords. J. RAMS ALBESA y R. M. MORENO FLÓREZ), Bosch, Barcelona, 2000 p. 1504; GARCÍA GARNICA, ob. cit., pp. 86 y ss., DE LAMA AYMÁ, ob. cit., p. 139; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, ob. cit. p. 153; RAVANAS, ob. cit., p. 444, haciéndose eco de una nutrida jurisprudencia manifiesta que "La noción de representación del adolescente, debe ser rechazada para ceder el paso, tal como lo pone de manifiesto la sentencia del Tribunal de Aix, en Provençe, a la noción de asistencia". Se refiere a la sentencia de 19 de diciembre de 1968 del Tribunal de Aix en Provençe, que viene a confirmar una larga trayectoria jurisprudencial francesa en este sentido.

**CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA  
INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

dispositivo y de carácter patrimonial sobre ambos derechos, considero que no debería arriesgar o comprometer su derecho a la intimidad.

**2.2.4. Cuando no posee condiciones de madurez**

**2.2.4.1 Consentimiento por los representantes legales**

El art. 3.2. LOPDH expresa que *“En los restantes casos, el consentimiento habrá que otorgarse mediante escrito por un 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”*.

En el presente caso, el consentimiento que otorga el representante legal<sup>279</sup> en nombre del menor tiene los mismos efectos que el dado por el menor cuando tiene las condiciones de madurez suficiente, siempre que ello no implique menoscabo de su honor o reputación o que sea contrario a sus intereses. Tal precepto, establece dos requisitos para la validez del consentimiento dado por el representante legal, que para la doctrina la novedad en cuanto al consentimiento del menor radica fundamentalmente en estos dos requisitos exigidos<sup>280</sup>. En primer lugar, debe otorgarse, por escrito, completando así la norma general prevista en el art. 2.2 LOPDH que tan solo exige de forma expresa. Condición que manifiesta el propósito de la citada ley de proteger al menor y al incapaz. En segundo lugar, alcanza su mejor cumplimiento cuando establece además la obligación de poner en conocimiento del MF el consentimiento proyectado. Para DE VERDA Y BEAMONTE y SORIANO MARTÍNEZ ambos preceptos citados deben interpretarse conjuntamente, de modo que la intromisión habrá de ser legítima si consta que el representante legal ha

---

<sup>279</sup> Existe una diferencia importante entre el régimen legal del derecho a la imagen y el de otros derechos de la personalidad como es el derecho a la integridad física y así resulta del art.156 párr. primero CP y del RD 1723/2012, de 28 de diciembre por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad art. 8.1.d y art. 4.c) de la Ley 30/1979, de extracción y trasplante de órganos.

<sup>280</sup> ESTRADA ALONSO, ob. cit., p. 90; y CONDE-PUMPIDO, ob. cit., p. 660.

prestado el consentimiento en nombre del menor y siempre que la misma no implique “menoscabo de su honor o reputación o que sea contraria a sus intereses”<sup>281</sup>.

Respecto al primer requisito, obligatoriedad de que el consentimiento se otorgue por escrito, se pone en marcha un mecanismo de cautela que tiende a proteger al menor o incapaz, y está en consonancia con el art. 267 CC en virtud del cual se exceptúa la representación para los actos que pueda realizar el menor o incapacitado por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley, o por sentencia judicial de incapacidad lo establezca conforme al art. 200 CC al existir enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que impida a la persona gobernarse por sí misma.

Ahora bien, para aquellas personas que aún no están incapacitadas formalmente, es decir por sentencia judicial, pero no obstante han perdido la razón por cualquier causa que fuere, el consentimiento dado para la intromisión en cualquiera de sus derechos de la personalidad en estas circunstancias será impugnabile. Cabe incluso asumir, que la protección de los derechos al honor, intimidad e imagen si bien pertenece ante todo al titular, también forma parte de alguna manera del honor, intimidad e imagen de sus más próximos allegados y parientes. Otro supuesto no menos interesante que podría darse sería el consentimiento prestado por el representante cuando una persona estando declarada judicialmente incapaz no obstante goza momentáneamente del juicio suficiente para otorgar consentimiento. A este respecto, VIDAL MARTÍNEZ<sup>282</sup> mantiene que habrá que estar a lo dispuesto en la sentencia cuando la incapacitación haya sido declarada judicialmente. Pero que aun derivándose de la misma directa o indirectamente la ineficacia de un pretendido consentimiento podrá sostenerse su validez probando, y la carga de la prueba corresponderá a quien alegue que el incapacitado tenía pese a la sentencia de incapacitación, la madurez suficiente para discernir el alcance del consentimiento prestado en el momento que lo hizo.

---

<sup>281</sup> DE VERDA Y BEAMONTE y SORIANO MARTÍNEZ, ob. cit., p. 131.

<sup>282</sup> VIDAL MARTÍNEZ, ob. cit., p. 95.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

Por su parte la jurisprudencia, y en sintonía con este primer requisito del art. 3.2, igualmente añade la necesidad de otorgar el consentimiento escrito para los menores que no tienen condiciones de madurez a diferencia del consentimiento expreso que contempla la ley para los adultos. Sirvan de ejemplo las SSAP de Madrid, Sección 8ª, de 23 de mayo de 1997; de Barcelona, Sección 11ª, de 16 de octubre de 2002<sup>283</sup> y las SSTS de 7 de octubre 1996<sup>284</sup> y de 19 de julio 2000<sup>285</sup> que requieren que ese consentimiento sea inequívocamente manifestado de forma escrita. No obstante lo anterior, también se han dictado algunas otras Sentencias con carácter más excepcional que han dado validez al consentimiento prestado de forma tácita, sustituyendo por tanto al consentimiento reglado, expreso y escrito, como en el caso de la SAP de Barcelona de 27 de diciembre de 2002<sup>286</sup>, cuyo razonamiento ha sido que aunque la autorización no constó por escrito y no se comunicó al MF, no determina por sí solo la ilegitimidad de la intromisión si de otra manera se deduce dicho consentimiento como acontece en este caso; o las SSTS de 25 de enero 2002<sup>287</sup> y de 25 de noviembre de 2002<sup>288</sup>.

Ya en relación al segundo requisito, es decir intervención del MF y en su caso del Juez, se establecen tales cautelas con el fin de evitar que el representante legal actúe guiado por sus intereses y los anteponga a los del menor. Incluso, cuando el representante legal actúe con el convencimiento de que su conducta es favorable para aquél. Para PANTOJA GARCÍA<sup>289</sup> la puesta en conocimiento del MF y su intervención deben producirse con anterioridad a la prestación del consentimiento para el acto de

---

<sup>283</sup> JUR 2003, 105156.

<sup>284</sup> RJ 1996/7058. En el presente caso la ilegitimidad de la intromisión no resultaba de la sola circunstancia de que la autorización de los representantes legales no se hubiera dado por escrito o no hubiera sido comunicada al MF, sino del hecho que los padre no habían consentido, de ninguna manera, el uso de las fotografías de sus hijos menores.

<sup>285</sup> RJ 2000/6753.

<sup>286</sup> La Ley 217393/2002.

<sup>287</sup> RJ 2002/21.

<sup>288</sup> RJ 2002/10274 afirma que *“No es necesario que se otorgue por escrito, y que puede deducirse de actos o conductas de inequívoca significación, no ambiguas o dudosas”*.

<sup>289</sup> PANTOJA GARCÍA, F., *Algunas notas y comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor y su aplicación práctica*, Colex, Madrid, 1997, p. 28.

que se trate, pues el citado precepto recoge *consentimiento proyectado*, no *consentimiento manifestado*. De manera tal, que de su tenor literal se desprende que la prestación del consentimiento no es sino un proyecto sin eficacia para conformar el negocio jurídico que como acto complejo queda imperfecto hasta en tanto no se complete con el presente requisito.

También analizan esta cuestión, SÁNCHEZ-CALERO<sup>290</sup> y CONDE-PUMPIDO<sup>291</sup> quienes mantienen que el MF sólo se pronunciará en el caso de que se oponga a la prestación del consentimiento del representante legal, y deberá hacerlo en el plazo de ocho días, de no ser así, se entenderá que está conforme. Pues el hecho de que no se exija una manifestación expresa de la voluntad del MF impide considerar su actuación como una ratificación o un asentimiento, y mucho menos como un presupuesto de integración de la capacidad del menor o del representante legal para realizar el acto con plena validez jurídica. Por tanto, entienden que se tratará más bien de una *conditio iuris* para la eficacia del consentimiento del representante legal del menor o incapacitado, de modo que, para que dicha eficacia se produzca, será necesaria la previa notificación al MF y la no oposición del mismo, que se presume por el mero transcurso del plazo legal de ocho días sin haberse expresado. En consecuencia, el consentimiento deviene eficaz solamente si se cumplen ambas condiciones, la de la previa notificación y la ausencia de la oposición impeditiva del Fiscal.

Por otra parte, MARTÍNEZ AGUIRRE<sup>292</sup>, VIDAL MARTÍNEZ<sup>293</sup> y ROYO JARA<sup>294</sup> critican que pueda haber representación por igual para los tres derechos de la personalidad -honor, intimidad e imagen-. Se basan en que la representación, en la imagen de los menores e incapaces se concreta en algo sensible y material como es el retrato o la fotografía. En cambio, el honor y la intimidad afectan de forma más inmediata el núcleo personal de un individuo; y dejar estos dos derechos al arbitrio del representante, puede resultar en muchos casos o cuando menos peligroso, dando

---

<sup>290</sup> SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, ob. cit., pp. 160-161.

<sup>291</sup> CONDE-PUMPIDO, ob. cit., pp. 666-667-668.

<sup>292</sup> MARTÍNEZ AGUIRRE, ob. cit., p. 1391.

<sup>293</sup> VIDAL MARTÍNEZ, ob. cit., pp. 96 y ss.

<sup>294</sup> ROYO JARA, ob. cit., p. 116.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

lugar a una ineficacia absoluta de los actos de disposición efectuados por el representante legal sobre los derechos del menor en relación a su honor personal y a su intimidad, no así, sobre la captación del derecho a la propia imagen. En definitiva, señalan que hubiera sido más conveniente establecer una distinción de los derechos exigiendo mayores medidas cautelares para los representantes legales en materia de derecho a la propia imagen, e incluso dentro de este último derecho incluir unas medidas diferentes para el consentimiento de contenido patrimonial.

En cualquier caso, la mayoría de la doctrina está a favor de la existencia de los dos requisitos. En tal sentido, para ROYO JARA<sup>295</sup> son acertadas estas dos cautelas en base a que los bienes protegidos si bien son algo que pertenece en exclusiva al interesado no por ello deja de ser en cierta manera, patrimonio de la intimidad familiar o del honor en donde la protección, resulta útil a la hora no ya de evitar cualquier pecuniarización vía representante legal, sino simplemente de asegurar una autorización conforme a la que se esperarían de ese menor o incapacitado, en el caso de haber obtenido el grado de madurez suficiente para ello. Igualmente, GONZÁLEZ PACANOWSKA<sup>296</sup> entiende que tales exigencias son un control previo, ya que la intimidad o imagen es susceptible de ser utilizada para fines a los que el menor no tiene ocasión de oponerse, y sostiene que cuando se trata de contratos que obligan a la realización de prestaciones personales del menor, al menos, siempre puede oponerse porque la prestación personal presupone de por sí el “suficiente juicio” para realizarla. Al respecto, es interesante la Sentencia del TS de 7 de octubre de 1996<sup>297</sup> relativa al supuesto de la publicación de la fotografía de un menor de tres años de edad en la portada de un folleto educativo difundido por un Ayuntamiento, prescindiendo del consentimiento de sus representantes legales y de las demás exigencias consagradas en el art. 3.2 LOPDH. La Sentencia de 19 de noviembre de 2008<sup>298</sup>, en la que los padres de dos menores de edad solicitaron la protección del derecho a la imagen de sus hijos

---

<sup>295</sup> ROYO JARA, ob. cit., p. 118.

<sup>296</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, ob. cit., p. 227.

<sup>297</sup> RJ 1996,7058.

<sup>298</sup> RJ 2008/6055.



frente a la utilización de una fotografía de los niños publicada en el diario ABC y en su versión digital sin su consentimiento. En ambas sentencias, se concluye la existencia de intromisión ilegítima al derecho de imagen del menor por la falta de ambos requisitos

Pero con el fin de evitar inseguridad jurídica, incluso algún autor como ÁLVAREZ PRIETO se pronuncia a favor de exigir el refrendo del representante legal en todo caso en el que apareciese el consentimiento de un menor o un incapaz. A mi juicio, tal planteamiento no sería acorde con el espíritu de la ley siendo más coherentes y moderadas las posturas de ESTRADA ALONSO<sup>299</sup>, para quien la mejor fórmula sería la concurrencia del representante legal de los menores o incapaces con madurez suficiente, y la puesta en conocimiento del MF, con resolución judicial, en su caso, para los supuestos en los que aquéllos no reúnan la necesaria madurez. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL<sup>300</sup>, quien defiende que los dos requisitos obedecen a la necesidad de abreviar los trámites y de dotar de mayor fluidez al tráfico jurídico y concibe reservada la intervención del juez sólo para aquellos casos en que haya mediado oposición del Fiscal, debiendo ser el representante legal a quien se ha inhabilitado para prestar el consentimiento quien deba solicitar la resolución favorable del Juez.

Por mi parte, me inclino por imponer la intervención del MF en un campo en el que la posibilidad de conflictos entre los intereses de los menores y los de sus progenitores es patente. Ahora bien, estas cautelas se constituyen en requisitos de *ius cogens* no pudiendo 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. Tal como avalan las SSAP de Pontevedra de 20 abril de 1994<sup>301</sup>; de Madrid, Sección 25ª, de 17 de febrero<sup>302</sup> y del TS de 18 de Octubre de 2004<sup>303</sup>, las cuales con el único y

---

<sup>299</sup> ESTRADA ALONSO, ob. cit., p. 91.

<sup>300</sup> FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, ob. cit., p. 7.

<sup>301</sup> AC 1994, 624.

<sup>302</sup> JUR 2004, 250224.

<sup>303</sup> Num. Rec. 4647/2000, ROJ STS 6568/2004.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

primordial fin de proteger al menor mantienen que para que surta eficacia el consentimiento expreso y escrito por el representante legal del menor es necesaria la cooperación del MF, cuya intervención actúa a modo de asentimiento, autorización y ratificación<sup>304</sup>. En caso de inexistencia del consentimiento de quien deba prestarlo, corresponde asumir dicha función al MF en virtud del art. 3.7 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del MF<sup>305</sup> (LEOMF) quien deberá asumir la representación y así se pronuncia la STS de fecha 26 de marzo de 2003<sup>306</sup>.

Pero la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2006, de 15 de marzo, puntualiza que si bien el requisito del conocimiento previo del MF es obligatorio tal como lo reiteran las SSTS de 7 de octubre de 1996 o de 2 de febrero de 2009<sup>307</sup>, su falta de intervención, no afecta generalmente a la ilicitud de la intromisión. Pues aunque se lamenta de ser pocos los casos en que se ponen en conocimiento del MF el consentimiento prestado por los representantes legales, aboga por no impugnarse el negocio sólo por el incumplimiento formal, como ejemplo citar la Sentencia de la AP de las Palmas, Sección 5ª, de fecha 31 de julio de 2009<sup>308</sup>.

---

<sup>304</sup> Vid. SAP Madrid, sección 13ª, de 30 de abril de 2003, recurso 621/2002, JUR 2004, 160714.

<sup>305</sup> Art. 3.7. *“Asumir o, en su caso, promover la representación y defensa en juicio y fuera de él de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal no pueden actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares, que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos”.*

<sup>306</sup> En supuestos como el enjuiciado no se trata de promover la representación legal del menor, sino de actuar, si no existe consentimiento de quien debe prestarlo, y es evidente que tratándose de un menor abandonado era preciso ese consentimiento para mostrar su imagen y mencionar los datos dichos y al carecer la entidad demandada del mismo, debe mantenerse lo que con acierto establece la resolución recurrida.

<sup>307</sup> La comunicación a Fiscalía deviene en un requisito para la validez del consentimiento y así dice *“Siempre que no medie consentimiento de los padres o representantes legales de los menores con la anuencia del MF, la difusión de cualquier imagen de éstos ha de ser reputada contraria al ordenamiento jurídico”.*

<sup>308</sup> LA LEY 193945/2009, *“Este Tribunal considera que si bien de acuerdo con el artículo 3.2 de la LO 1/1982 es el propio representante del menor quien está obligado a poner en conocimiento previo del MF el consentimiento proyectado, por lo que el incumplimiento de este requisito afecta principalmente a la madre del menor, no pudiendo decirse lo mismo del requisito del consentimiento escrito, cuyo incumplimiento es directamente imputable a las demandadas que necesariamente debieron recabar este consentimiento por escrito antes de tomar las imágenes de la menor y de hacer uso de las mismas para fines publicitarios”.*

En cuanto a las formas posibles para llevar a cabo la notificación al MF del consentimiento por los representantes legales, para CONDE-PUMPIDO<sup>309</sup> podría hacerse en cualquiera de las formas en que los ciudadanos manifiesten sus pretensiones ante el MF. Bien por escrito suscrito por el representante legal del menor y presentado ante la Fiscalía competente (por aplicación de las reglas generales, del domicilio del menor) o mediante comparecencia personal, acompañando o manifestando en ambos casos las razones que fundan la conveniencia para el menor del consentimiento proyectado, los términos del futuro contrato y los demás elementos de juicio que se estimen oportunos.

Por último, surge la cuestión de si además de consentir se celebra un contrato ¿ese consentimiento prestado por los representantes legales es en nombre propio o en nombre del menor? O'CALLAGHAN<sup>310</sup>, indica correctamente que el menor no puede consentir intromisiones en su intimidad e imagen, ni por supuesto, puede prestar el consentimiento; CONDE-PUMPIDO<sup>311</sup> y DELGADO<sup>312</sup> aclaran que cuando los padres celebran un contrato que obliga a la realización de una prestación personal del menor (divulgación de datos, anuncio, desfile, película), los padres no pueden consentir en nombre del menor inmaduro, sino que lo harán en su propio nombre. Pero DE LAMA AYMÁ<sup>313</sup> va más allá y hace un análisis exhaustivo de la calificación del contrato sobre la imagen de un menor sin madurez suficiente. Reflexiona que se trata de una promesa de hecho ajena en la cual el promitente se obliga a conseguir que un tercero ajeno a la relación contractual realice determinada prestación o la cumpla. De tal manera que, si no cumple el objetivo el promitente deberá indemnizar a la otra parte contractual. Con ello, se consigue que quien responda jurídicamente en caso de que el menor no realice finalmente la actividad que sus representantes han prometido, sean éstos y no el menor por lo que su patrimonio queda indemne. Aunque las ganancias obtenidas con la prestación de la imagen formarán parte del patrimonio del menor. Y ello, sin perjuicio de que sean los padres quienes deban realizar la

---

<sup>309</sup> CONDE-PUMPIDO, ob. cit., pp. 979-980.

<sup>310</sup> O'CALLAGHAN, ob. cit., p. 144.

<sup>311</sup> CONDE-PUMPIDO, ob. cit., p. 668.

<sup>312</sup> DELGADO, ob. cit., p. 129.

<sup>313</sup> DE LAMA AYMÁ, ob. cit., p. 143.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

administración del mismo o incluso destinar una parte del mismo a las cargas familiares. Ahora bien, precisa GONZÁLEZ PACANOWSKA<sup>314</sup> que aunque la ley no dice nada, cuando el consentimiento prestado por los representantes legales entrañe el compromiso de que el menor lleve a cabo alguna prestación personal (por ejemplo posar para una fotografía) será necesario como condición de eficacia del consentimiento prestado por el representante legal, que el menor manifieste su asentimiento si tiene suficiente juicio para expresar su opinión. Y en todo caso, desde que sea mayor de doce años aunque no tenga madurez suficiente para prestar por sí solo su consentimiento.

Coincido con DE LAMA AYMÁ que en este ámbito es incuestionable el principio que debe regir la representación legal: el *interés del menor*. Por consiguiente, el ejercicio de los derechos de la personalidad no puede dejarse al arbitrio de los padres o del tutor sino que éstos deberán, no sólo respetar la opinión del hijo, sino también perseguir su beneficio, patrimonial pero, sobre todo, personal. En consecuencia, cabe concluir que en los casos por ejemplo de anuncio; participación en una película; spot publicitario, etc. en los que participe un menor *sin condiciones de madurez*, los representantes legales que quieran dar el consentimiento deberán comunicarlo al MF, esperar ocho días y, si no se opone, otorgar expresamente por escrito el consentimiento en nombre y representación del menor. Cuando el MF se oponga al consentimiento otorgado por el representante legal, y éstos no están de acuerdo, se regula *ex novo* un procedimiento para llevar a cabo la autorización judicial del consentimiento a las intromisiones ilegítimas del art. 3 LOPDH, recogido en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, con el fin de obtener autorización judicial.

### **2.2.4.2. Autorización por el Juez**

---

<sup>314</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, ob. cit., p. 226.

En lo que a nuestro trabajo interesa, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (LJV), en el Título II rubricado “*De los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas*”, Capítulo VII “*Del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor o persona con capacidad modificada judicialmente*” y arts. 59<sup>315</sup> y 60<sup>316</sup> prevé por primera vez el expediente para la obtención de autorización judicial del consentimiento a las intromisiones legítimas en el ámbito de protección delimitado por el art. 3 de la LO 1/82 cuando el MF se hubiera opuesto al consentimiento otorgado por el representante legal de un menor o persona con capacidad modificada judicialmente. En ese sentido, es relevante citar la Circular 9/2015, de 22 de diciembre sobre la intervención del MF en la nueva LJV.

En definitiva, para el conocimiento del citado expediente en esta materia será competente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio del menor y en su defecto el de residencia. Tendrá legitimación el representante legal del menor sin que sea preceptiva la intervención del Abogado ni Procurador. Se iniciará mediante solicitud a la cual deberá acompañarse los documentos en los que consten el consentimiento proyectado, la notificación de la oposición del MF y la acreditación de la

---

<sup>315</sup>Art. 59. Ámbito de aplicación, competencia, legitimación y postulación. “1. *Se aplicarán las disposiciones de este Capítulo para la obtención de autorización judicial del consentimiento a las intromisiones legítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, cuando el Ministerio Fiscal se hubiera opuesto al consentimiento otorgado por el representante legal de un menor o persona con capacidad modificada judicialmente.* 2. *Será competente para el conocimiento de este expediente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente.* 3. *Para promover este expediente está legitimado el representante legal del menor o persona con capacidad modificada judicialmente, sin que sea preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador*”.

<sup>316</sup> Art. 60. Tramitación y resolución. “1. *El expediente se iniciará mediante solicitud que deberá acompañarse del proyecto de consentimiento, el documento en que conste la notificación de la oposición del Ministerio Fiscal y los que acrediten su representación legal.* 2. *Una vez admitida la solicitud por el Secretario judicial, éste señalará día y hora para la comparecencia, a la que se citará al Ministerio Fiscal, al representante legal del menor o persona con capacidad modificada judicialmente y a éste si el Juez lo creyera necesario. El Juez podrá acordar también, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, la citación, en su caso, de otros interesados.* 3. *El Juez dictará resolución al término de la comparecencia o, si la complejidad del asunto lo justificare, dentro de los cinco días siguientes, en atención al interés superior del menor o persona con la capacidad modificada judicialmente.* 4. *Contra esta resolución cabrá recurso de apelación, con efectos suspensivos, que se resolverá con carácter preferente.* 5. *Si los representantes legales del menor o de la persona con la capacidad modificada judicialmente quisieran que se revocara el consentimiento otorgado judicialmente, lo pondrán en conocimiento del Juez, quien dictará resolución dejándolo sin efecto*”.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

representación legal. Admitida la solicitud por el secretario Judicial se señalará día y hora para comparecer debiendo ser citado el MF, el representante legal del menor y el menor si el Juez lo considera necesario; asimismo, el Juez podrá acordar de oficio o a instancia del MF la citación de otros interesados. El Juez dictará resolución al término de la comparecencia, pero si hay complejidad justificada, lo hará dentro de los cinco días siguientes, en atención al interés superior del menor. Contra la citada resolución cabe recurso de apelación con efectos suspensivos el cual se resolverá con carácter preferente. En el caso de que los representantes legales quisieran revocar el consentimiento, tan sólo tendrían que ponerlo en conocimiento del Juez, quien dictará resolución dejándolo sin efecto.

Mi crítica va dirigida a que engloba los dos casos del art. 3·LOPHD, pero una breve lectura me lleva a la conclusión de que se refiere más bien al apartado 2 del citado precepto, es decir, al menor que no tenga madurez y sea necesario el consentimiento de los representantes legales, cuya validez se condiciona al cumplimiento de unos requisitos.

### **2.2.5. Inexistencia del consentimiento. Consecuencias**

En cuanto a cuales son las consecuencias jurídicas de los actos de disposición en la vertiente patrimonial que contradigan las previsiones del art. 3 LOPDH, en tal sentido, CONDE-PUMPIDO<sup>317</sup> contempla varios supuestos:

1.- Si el menor o incapaz ha consentido en condiciones de madurez como desarrolla el art. 3.1, no cabe que reclame al llegar a la mayoría de edad o al recobrar la plena capacidad, pues el consentimiento se prestó en las condiciones exigidas por la ley, nadie puede ir contra sus propios actos, principio que sería plenamente aplicable.

2.- Si el menor o incapaz consiente por sí mismo en las condiciones del citado art. 3.1 y luego se demuestra que no poseía la madurez que lo permitiera, el acto es

---

<sup>317</sup> CONDE-PUMPIDO, ob. cit., pp. 983-984-985.

anulable por defecto de capacidad y podrán reclamar al llegar a la mayoría de edad o al recobrar la capacidad en las condiciones y plazos del art. 1.301 CC, sin perjuicio de la acción contra sus representantes legales que le hayan instado a prestar el consentimiento pese a no reunir las *condiciones de madurez*, en este caso, es posible la ratificación o convalidación del contrato por el que recupere su plena capacidad.

3.-Si consiente el representante cumpliendo lo previsto en el art. 3.2, el acto será válido sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrir frente a su representado, por desviación en el ejercicio de su facultad de representación o en la administración del contrato celebrado.

4.-Si consiente el representante legal incumpliendo los requisitos del citado art. 3.2, esto es, sin notificar el consentimiento proyectado al MF, como consecuencia de que el negocio jurídico de autorización de la intromisión en el ámbito de la intimidad e imagen del menor o incapaz, otorgado por su representante y un tercero, reúne los elementos esenciales del art. 1.261 del CC, en principio no cabría hablar de inexistencia o nulidad radical y podría más bien encontrarse el negocio en una situación análoga a la de los celebrados por el tutor sin el consentimiento del consejo de familia, cuando esto era necesario. Es decir, sería tan sólo rescindible por lesión en los términos del art. 1291.1 CC. Sin embargo, la solución no es tan simple, pues estamos en un terreno en que prima el orden público por tratarse de derechos fundamentales de la persona, derechos en principio indisponibles o que su disposición tiene carácter esencialmente personalísimo y es por lo que se recaba la intervención y control del MF. Los términos del art. 3.2 son determinantes al imponer con carácter imperativo una obligación al representante legal de poner en conocimiento del MF el proyecto de consentimiento. Por lo tanto, el consentimiento otorgado vulnerando tal obligación conforme al art. 6.3 CC determina la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a las normas imperativas. No entenderlo así, crearía una indefensión al menor o incapaz, pues sólo tendría las acciones para exigir la responsabilidad del representante en virtud de las relaciones internas de la patria potestad o guarda legal, esto es, las que prescribe el CC en los arts. 164, 168, 281, 287 y en el genérico art. 1902. Esta última solución, a la que me sumo, es para CONDE-PUMPIDO y otros

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

autores como ESTRADA ALONSO<sup>318</sup>, CONCEPCIÓN RODRIGUEZ<sup>319</sup>, CREVILLEN SÁNCHEZ<sup>320</sup>, GONZÁLEZ PACANOWSKA<sup>321</sup> la más idónea y ciertamente como bien dice JORDANO FRAGA estaríamos ante un contrato nulo. Además, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL<sup>322</sup> nos recuerda que la LOPDH no establece de forma expresa una sanción para los casos en que el representante incumpla su obligación de comunicar previamente al MF su intención de otorgar el consentimiento. Con lo cual, para determinar la sanción acude a las normas generales considerando que es nulo de pleno derecho, a tenor del art. 6.3 CC. Y si el consentimiento es nulo, podrá ser impugnado no sólo por el propio menor, cuando alcance la capacidad suficiente, sino también por cualquier tercero interesado, y por supuesto, por el MF. También sigue esta línea, la Instrucción 2/1993 en su apartado II in fine<sup>323</sup>, aunque debemos lamentar la falta de claridad que hubiera sido deseable.

A sensu contrario, para SANTOS MORÓN<sup>324</sup> sería un contrato sin eficacia, es decir, sin efectos en la esfera del menor pero vinculante entre las partes que han prestado el consentimiento por entender que debe ser tratado como el contrato realizado por un representante sin poder. A tenor de lo anterior, el incumplimiento del control del MF, y en su caso, de la autoridad judicial, previsto en la LOPDH determina la ineficacia, pero no la nulidad del consentimiento de los representantes legales del menor (o incapacitado). En su opinión, nos encontramos ante un negocio jurídico incompleto que sólo obtiene eficacia plena una vez lograda la aprobación del Ministerio Público.

---

<sup>318</sup> ESTRADA ALONSO, ob. cit., p. 94.

<sup>319</sup> CONCEPCIÓN RODRIGUEZ, ob. cit., p. 137.

<sup>320</sup> CREVILLEN SÁNCHEZ, ob. cit., p. 45.

<sup>321</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, ob. cit., p. 225.

<sup>322</sup> FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, ob., cit., p. 7.

<sup>323</sup> Limitándose a señalar que “la intencionada omisión del camino legal puede acarrear una deficiencia estructural en el negocio jurídico concebido- si éste existiera- para legitimar la intromisión”, concluyendo que la misma puede tener consecuencia “en orden a la validez del negocio jurídico suscrito”.

<sup>324</sup> SANTOS MORÓN, ob. cit., pp. 201 y 205.



Por otro lado, a favor de la anulabilidad del contrato se pronuncia VENTOSO ESCRIBANO<sup>325</sup> y GARCÍA GARNICA<sup>326</sup> cuando ponen de manifiesto que el contrato se ha perfeccionado al existir el consentimiento del menor aunque éste está viciado porque adolece de la falta de complemento de capacidad exigido. De lo anterior, se colige que el contrato será anulable o convalidable por los representantes o el mismo menor cuando alcance la mayoría, pues la regla general respecto a los contratos realizados por el menor de edad es la de la anulabilidad como forma de protección. Pero, respecto a los contratos celebrados por los representantes legales sin la concurrencia del consentimiento del menor, el contrato será nulo de pleno derecho, pues el menor es la persona directamente afectada por el contrato y no ha intervenido en el mismo.

En cambio, DE LAMA AYMÁ<sup>327</sup> juega con las opciones de nulidad o anulabilidad en función de la capacidad del menor y la calidad en que presta el consentimiento. De manera que, respecto al menor emancipado será nulo cualquier contrato que no celebre por sí mismo, puesto que su consentimiento es el único que puede perfeccionar el contrato. Por el contrario, el contrato celebrado por el menor emancipado es perfectamente válido, pues tiene capacidad suficiente para perfeccionarlo por sí mismo. En relación al menor de edad con madurez suficiente para prestar el consentimiento a la realización de prestaciones personales pero que no está emancipado, el contrato realizado por los representantes sin el consentimiento del menor, no tiene efectos para éste por lo que no le vincula. Pero el contrato celebrado por el menor no emancipado aunque con capacidad suficiente para consentir la realización de prestaciones personales, es meramente anulable porque falta el preceptivo complemento de la capacidad. Refiere además, que en relación al derecho a la imagen el razonamiento no puede ser igual puesto que el art. 3 LOPDH permite la representación en este caso. Sin embargo, lo que no es posible ni permite el citado precepto es que, cuando el menor tiene madurez suficiente, el representante

---

<sup>325</sup> VENTOSO ESCRIBANO, ob. cit., p. 150.

<sup>326</sup> GARCÍA GARNICA, ob. cit., p. 90.

<sup>327</sup> DE LAMA AYMÁ, ob. cit., pp. 162-163.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

sustituya su voluntad. Por tanto, la falta de consentimiento del menor supondría la nulidad radical del acto. Cuestión diferente sería que este contrato celebrado por los representantes legales no pueda tener ciertos efectos para éstos que sí adquirirían una obligación en primera persona. Respecto a los menores que no tengan suficiente juicio, es decir, en todo caso los menores de siete años y en determinadas ocasiones los que están entre los siete y los doce años, la celebración del contrato la lleva a cabo el representante legal pero en su propio nombre, puesto que no cabe la representación en relación a la libertad individual. Es cierto que con la perfección de dicho contrato se estaría consintiendo la intromisión en el derecho a la imagen del menor puesto que pese a que el obligado es el representante, la imagen del menor va a ser utilizada porque lo permite el art. 3.2 de la citada LOPDH. Pero en tal caso, es irrelevante la falta de consentimiento del menor pues el contrato no le vincula y si el contrato fuera celebrado por éste sin intervención de su representante legal, sería anulable.

De todo lo expuesto, la línea de la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, recogida concretamente en la SAP de Madrid de fecha 11 de marzo de 1999 a la cual me sumo proclama nulidad del contrato otorgado cuando se incumpla los requisitos recogidos en el art. 3.2 LOPDH, de manera que si los representantes legales del menor dispusieran de su imagen prescindiendo del referido control público, el acto o negocio jurídico celebrado adolecerá de una nulidad absoluta, en coherencia con el carácter tuitivo de la protección del menor e imperativo de las previsiones infringidas.

### **2.2.6. Responsabilidad para quien autorice una intromisión ilegítima en los derechos del menor**

En torno a las responsabilidades en que pueden incurrir quienes intervienen en negocios de autorización de la intromisión ilegítima en la intimidad o la propia imagen del menor, expone CONDE-PUMPIDO distintos supuestos que pasamos a analizar:

-El representante legal-padre o tutor-responderá en virtud de lo dispuesto en las normas civiles. Así, en el caso de menores sometidos a patria potestad se aplicarán los arts. 164 y 168 CC, que imponen a los padres el deber de diligencia en la administración de los bienes de los hijos y la obligación de rendir cuentas, con la responsabilidad en los casos de dolo o culpa grave por los daños causados a los hijos. Tal acción, prescribe a los tres años de producirse el término de la patria potestad (art. 168 CC).

-En el caso de menores sometidos a tutela tendrán además la acción de rendición de cuentas, que se extingue a los cinco años conforme a los arts. 281 y 287 CC.

-Para el supuesto de daños morales en la intimidad o imagen del menor o del incapaz puede recurrirse a la invocación del art. 1.902 CC, exigiendo la responsabilidad civil por los daños sufridos en virtud de falta de diligencia del representante legal. En cuanto al MF, si éste no se opone a la concesión de una autorización perjudicial para los intereses del menor o incapaz, responderá civilmente en virtud del defectuoso ejercicio de los deberes del cargo (art. 60 LEOMF).

-Respecto a los terceros que contraten con los menores o incapaces o sus representantes, podrán responder por dolo, cuando conscientemente acepten la celebración de negocios jurídicos en que preste por sí el consentimiento un menor o incapaz sin madurez para hacerlo, o cuando conozcan que el representante ha omitido su obligación de notificar el proyecto de consentimiento al MF. En estos casos, se podrá producir la responsabilidad derivada de intromisión ilegítima en los derechos tutelares por la ley, conforme a los términos del art. 9º.3 LOPDH, siempre que se parta de que la autorización prestada era nula de pleno derecho y, en consecuencia, no pudo producir el efecto excluyente previsto en el art. 2º.2.

Por todo lo anterior, podemos concluir que cuando los representantes legales, tutores, MF o terceros, autoricen una intromisión ilegítima en la intimidad o imagen del menor o incapaz sin madurez responderán civilmente.

### **2.2.7. Extensión, duración y revocación del consentimiento del menor**

La LOPDH, guarda silencio en cuanto a los efectos de la extensión del consentimiento, pero la doctrina entiende acertadamente que debe llegar hasta donde se ha prestado, de manera tal, que la extensión queda limitada por la voluntad del que lo presta, es decir, hasta donde se ha dado. En ese sentido, O'CALLAGHAN<sup>328</sup> y ALEGRE MARTÍNEZ<sup>329</sup> señalan que el consentimiento puede darse para relatar hechos relativos a su intimidad, u obtención, reproducción y publicación de una imagen concreta, o bien sólo para alguno de estos aspectos, como por ejemplo para la obtención de una fotografía pero no para su publicación. Añaden, que incluso habiendo prestado el consentimiento será preciso determinar su extensión, pues puede ocurrir que se consienta la publicación de una fotografía con carácter general o sólo en una determinada revista, en cuyo caso no puede ser cedida a otra revista para su publicación. Asimismo, analizan que puede darse el problema en que se preste consentimiento de forma general para la obtención y publicación de una imagen pero se utilice posteriormente con un pie de foto o contexto al que nunca se consintió. Se deduce por tanto, que el consentimiento debe llegar hasta donde se ha prestado, es decir, ese es su límite.

Es un hecho incontrovertido por la doctrina y la jurisprudencia, que utilizar unas imágenes de un menor obtenidas con autorización en otro contexto completamente distinto para el que no existía autorización supone un atentado a estos derechos fundamentales. Nos remitimos a las SAP de Vizcaya, Sección 4ª, 2 de enero de 2001<sup>330</sup>; la SAP de Sevilla, Sección 8ª, 12 de diciembre de 2005<sup>331</sup> o la STS 22

---

<sup>328</sup> O'CALLAGHAN, ob. cit., pp. 138 y 140.

<sup>329</sup> ALEGRE MARTÍNEZ, ob. cit., pp. 82 y 167.

<sup>330</sup> Ponente Ilmo. Sr. D. Ignacio Olaso Azpiroz "un reportaje o documental denominado "con el SIDA en los talones", de la serie "A su salud", que salió a las ondas con destino a público conocimiento en la tarde del domingo día 22 de marzo de 1992, reportaje en el que aparecía la actora junto con su hijo el día en que éste nació; manifestándose por la actora que no autorizó la publicación de esas imágenes en el marco del reportajes sobre el Sida".

de febrero de 2006<sup>332</sup>, que se refieren a la inexistencia de consentimientos genéricos o generalizados para que se pueda disponer de ellos cuando plazca o convenga. De manera tal, y en lo que a mi opinión atañe, cada acto exige un consentimiento nuevo y único para este acto en concreto.

La LOPDH igualmente omite pronunciarse sobre los efectos de la duración del consentimiento, es decir, si se puede prestar con una duración determinada en el tiempo o si se puede prestar indefinidamente. Pese a ello, tampoco hay discusión doctrinal al respecto. Según ROVIRA SUEIRO<sup>333</sup> aunque no se haya establecido una duración determinada del consentimiento, no se podrá entender que éste es ilimitado. Y defiende que la vigencia *sine die* del consentimiento es contraria al principio general de interpretación restrictiva. Es decir, debe de adoptarse la interpretación más favorable para el derecho a la intimidad e imagen que no puede ser otra que ser limitada en el tiempo. Añade DE LAMA AYMÁ<sup>334</sup>, que el consentimiento se dará por un tiempo “razonable” y siempre que no hayan cambiado las circunstancias de forma sustancial como sucedió en el Auto del TS de 23 de noviembre de 1999<sup>335</sup>. Por su parte, nuestra jurisprudencia, confirma la inexistencia del consentimiento de carácter indefinido, a modo de ejemplo citar la STS 7 abril de 2004<sup>336</sup>, la SAP Valencia 26 de diciembre 2005<sup>337</sup> y la SAP Málaga 25 de mayo 2009<sup>338</sup> que refrendan tal posición.

---

<sup>331</sup> Ponente Ilmo. D. José María Frago Bravo, La Ley 265290/2005, cuando dice “*ni el hecho de haber dado el consentimiento para publicar la imagen en otro medio, justifica que se haya publicado la foto de los menores*”.

<sup>332</sup> RJ 2006/830 “...no puede ser general, sino que habrá de referirse a cada concreto acto de intromisión”.

<sup>333</sup> ROVIRA SUEIRO, ob. cit., p. 86.

<sup>334</sup> DE LAMA AYMÁ, ob. cit., p. 136.

<sup>335</sup> En éste se trataba del supuesto de una menor que sufría malos tratos de sus padres biológicos lo cual provocó una situación de desamparo y posterior acogimiento familiar que culminó con la adopción de la menor. Se planteaba la posible vulneración del derecho a la imagen porque se realizaron unas fotografías de la menor en el hospital mientras se recuperaba de las heridas sufridas y su publicaron posteriormente cuando la menor ya había sido dada en adopción.

<sup>336</sup> En la que se combate abiertamente el *factum* de que no se acreditó la existencia de consentimiento ni expreso ni tácito, tanto para la primera publicación en 1992 como para la que tuvo lugar en 1997. Y, aún en el supuesto hipotético de que hubiera concurrido alguna clase de conformidad en el año 1992, hay que entender que “*no puede reputarse como consentimiento indefinido y para siempre vinculante ya que la posible autorización inicial lo fue para una ocasión bien precisada*”.

<sup>337</sup> AC 2006/822 Se trataba de la publicación de unas fotografías de un menor que habían sido captadas en un estudio con el consentimiento de los padres, pero que sin la autorización de éstos, habían sido utilizadas, durante cinco años, para promocionar un juguete musical, apareciendo en la caja de éste, así como diversos catálogos de publicidad.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

Por último, y en lo relativo a la revocación, el art. 2.3 LOPDH contiene que “*El consentimiento a que se refiere el párrafo anterior será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas*”.

El problema que subyace es que cabe la revocación en cualquier momento, sin establecer ningún tipo de límites o condiciones, formas, causas o extensión para su revocación, generando grandes críticas doctrinales coincidentes en señalar que su ámbito incondicionado es incapaz de adaptarse a los diferentes derechos y supuestos contemplados en la ley.

En lo atinente a los límites, es cierto que en determinadas ocasiones parece contrario a la equidad permitir la revocación del consentimiento cuando la actuación del titular del derecho es contraria a la buena fe. Por ello, hay que entender que existen una serie de límites a la facultad de revocar, tal como reconoce SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS<sup>339</sup> quien argumenta que la revocación no tiene carácter retroactivo, por lo que no puede realizarse respecto de usos de la intimidad e imagen ya practicados. ROYO JARA<sup>340</sup> suma otra limitación a tener en cuenta, el principio de buena fe y la teoría del abuso de derecho como límites intrínsecos del derecho a la intimidad e imagen puesto que ningún derecho es ilimitado. La doctrina constitucional señala en la STC 117/1994, de 25 de abril, que la revocación puede producirse “*en cualquier momento*”, prescripción que se refiriere al momento de ejercicio de aquélla pero sus efectos no pueden aplicarse a situaciones pretéritas, troncando

---

<sup>338</sup> AC 2009/1691 Se refería a una fotografía de una menor para la promoción de un parque de Atracciones, acompañada por sus padres tomada en el año 2000 a la entrada de un parque presuntamente mediando un consentimiento verbal, ya que se trataba de un “*posado*”. No obstante con posterioridad, y sin contar con el consentimiento expreso de los padres de la menor, la imagen fue difundida a través de folletos publicitarios, una revista, un periódico y la página web del complejo, para la promoción del mismo.

<sup>339</sup> SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, ob. cit., p. 148.

<sup>340</sup> ROYO JARA, ob. cit., p. 104.

retroactivamente en ilegítimas intromisiones antes consentidas. Al respecto, citar además las SSTs de 16 de junio de 1990<sup>341</sup> y 23 de abril de 1994<sup>342</sup>.

Otra cuestión a dilucidar es la forma en que se debe de hacer la revocación, pero es obvio que no surtirá efecto hasta llegar a pleno conocimiento del favorecido por el consentimiento o de los que de él traigan causa. Así, la STC 117/1994, de 25 de abril, parte de que el conocimiento por la persona o personas a quien se dirige debe ser "*indubitado e íntegro*". Tampoco hay discusión doctrinal en la revocación del consentimiento otorgado en un acto no contractual para la intromisión en los derechos de la personalidad<sup>343</sup>. El problema surge cuando el consentimiento se halla inserto en un contrato, pues como bien sabemos nada dice la citada LOPDH sobre la posibilidad de explotar económicamente estos derechos de la personalidad. En este supuesto, encontramos diferentes posturas doctrinales, pues mientras que para unos la existencia de un contrato supone una renuncia a la facultad de revocar<sup>344</sup>, para otros, si es posible tal facultad tanto si el consentimiento se ha prestado mediante contrato como sino<sup>345</sup>.

En lo que respecta a las causas que pueden justificar la revocación. Según MARTÍN MUÑOZ<sup>346</sup>, se debe diferenciar por una parte aquellos negocios que comprometen derechos personalísimos vinculados a la dimensión moral de la personalidad, los cuales serán revocables en las condiciones y límites previstos por el art. 2.3 LOPDH y la doctrina del TC. Y por otra, aquellos contratos que comprometen la esfera pública, profesional o artística de la persona, que normalmente tendrán un contenido eminentemente patrimonial que se sitúan al margen del art. 18.1 CE y que al carecer de tutela expresa en la citada ley, se someten al régimen general de los

---

<sup>341</sup> RJ 1999/ 4762.

<sup>342</sup> RJ 1994/3090.

<sup>343</sup> DE LAMA AYMÁ, ob. cit., p. 163; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, ob. cit., pp. 45-46; GITRAMA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 222; ROVIRA SUEIRO, ob. cit., pp. 69 y 71 y ROYO JARA, ob. cit. pp. 103-104.

<sup>344</sup> CLAVERÍA GOSALBEZ, ob. cit., p. 46 y DE COSSIO, ob. cit., p. 61.

<sup>345</sup> ROVIRA SUEIRO, ob. cit., p. 152 y O'CALLAGAHAN, ob. cit., p. 140.

<sup>346</sup> MARTÍN MUÑOZ, A. J., "El contenido patrimonial del derecho a la propia imagen", *RDM*, nº242, octubre-diciembre, 2001, p. 1768.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

contratos. En cambio, MARTÍN GARCÍA<sup>347</sup> considera que en la revocación de todo contrato rige el principio de “*pacta sunt servanda*”, (art. 1091 CC), con lo cual la rescisión del consentimiento se tendrá que basar en una causa justa y oponerse en el momento temporal adecuado. Y aunque reconoce que la LOPDH no se pronuncia entorno a la necesidad de que concurra algún motivo para la revocación del consentimiento previamente emitido, ésta posee carácter discrecional. En cuanto al resarcimiento de los perjuicios irrogados por dicho arrepentimiento incluidas las expectativas generadas, pese a que del contenido previsto por el CC respecto a la indemnización de los daños causados por el incumplimiento de un acuerdo nada se excepciona, los daños deben probarse para poder ser reparados, e incluso se contempla la posibilidad de resarcir el lucro cesante, cuestión un tanto controvertida (arts. 1101, 1106 CC).

A mi juicio, la opinión más desarrollada es la de GARCÍA GARNICA<sup>348</sup>, quien analiza y completa los dos supuestos de posible revocación: En primer lugar, en relación a los negocios jurídicos de carácter patrimonial que realicen el contenido positivo o de libertad integrante del contenido esencial de la imagen o la intimidad en su calidad de derechos fundamentales y de la personalidad, surtirá su eficacia la revocación del consentimiento prestado por el titular del derecho o sus representantes legales. En este caso, lo que se revoca es el consentimiento a la intromisión en el contenido esencial del derecho a la personalidad y no el consentimiento negocial subyacente, aunque la suerte de éste último dependa de la del primero, dada la conexión genética y funcional que le vincula a él, tal como señala la STC 117/ 1994 de 25 de abril, que está a favor de la revocación del consentimiento si éste se halla inserto en un contrato<sup>349</sup>. En segundo lugar, cuando se dispone del aspecto patrimonial de la imagen, sin que su vertiente moral se vea afectada, el

---

<sup>347</sup> MARTÍN GARCÍA, M. L., “El derecho a la propia imagen de los menores de edad, Comentario a la STS (SALA 1ª) de 26 de marzo de 2003”, *RDP*, nº 3-4, marzo de 2004, p. 235-253.

<sup>348</sup> GARCÍA GARNICA, ob. cit., pp. 223-224.

<sup>349</sup> Cuando dice “*el consentimiento podrá ser revocado porque el derecho de la personalidad prevalece sobre otros que la cesión contractual haya creado*” (FJ 3º).



negocio jurídico en cuestión estará sujeto al régimen jurídico general de las obligaciones y los contratos. Sin que quepa ejercitar las facultades propias de la vertiente moral de la imagen (y en particular la revocatoria), ni gozar de la especial protección que ésta ostenta ante los Tribunales ordinarios y ante el propio TC, para amparar intereses de índole estrictamente patrimonial, como así recoge la STC 81/2001 de 26 de marzo, en un caso en que la imagen tan sólo había sido dañada en su aspecto económico o patrimonial sin comprometer su contenido esencial como derecho fundamental y de la personalidad<sup>350</sup>.

En cualquier caso, lo relevante es no perjudicar a las personas a las que se les ha dado el consentimiento incluso cuando éste se ha prestado de forma gratuita. Pues tal como dispone el art. 2.3 LOPDH “...habrán de indemnizarse en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo las expectativas justificadas”, la revocación conlleva la necesaria consecuencia de protección de la otra parte (a la que se ha autorizado la intromisión) mediante la indemnización correspondiente que incluya no solo los daños causados con la revocación, sino también el lucro cesante, es decir las ganancias o beneficios que se esperaban obtener, ya que el precepto hace referencia expresamente a “las expectativas justificadas” y que correrá a cargo del patrimonio del propio menor, que es quien otorga y revoca el consentimiento.

Finalmente, en lo relativo a la extensión de la revocación, SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS<sup>351</sup> expresa al respecto que la persona a la que se ha dado autorización puede cederla a otras, que se subrogarán en su posición. Por lo que, en estos casos la revocación se extiende a todos los que sucesivamente hayan adquirido la titularidad sobre lo transmitido, porque de otra manera no tendría sentido la revocación, y se

---

<sup>350</sup> Así dice “...la protección de los valores económicos, patrimoniales o comerciales de la imagen afectan a bienes jurídicos distintos de los que son propios de un derecho de la personalidad y por ello, aunque dignos de protección y efectivamente protegidos, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen del art. 18.1 CE” (FJ 2º).

<sup>351</sup> SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, ob. cit., p. 147.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

atentaría contra el carácter irrenunciable e inalienable de los derechos. En igual dirección, se pronuncia la ya citada STC 117/ 1994, de 25 de abril<sup>352</sup>.

Ahora bien, cuando nos referimos al menor de edad tampoco se ha regulado la posibilidad de revocar el consentimiento del menor maduro. Sin embargo, en relación al menor no maduro la LJV prevé tal posibilidad en su art. 60.5<sup>353</sup>. En consecuencia, revocará el propio menor cuando sea maduro debiendo responder el mismo de la indemnización por daños y perjuicios y cuando no lo sea revocarán “*los representantes legales*”, y aunque se refiere el citado precepto a ellos en plural, por mi parte considero que puede ser cualquiera de ellos. Aunque, será el menor quien responderá de los daños y perjuicios, salvo que la revocación sea contractual, en cuyo caso serán los representantes legales quienes responderán. A tal conclusión, igualmente ha llegado DE LAMA AYMÁ<sup>354</sup>, quien analiza pormenorizadamente ambos supuestos: para el caso de que el menor tenga capacidad natural para prestar el consentimiento también podrá revocarlo y se apoya en la existencia de tal posibilidad en el art. 3.1 del proyecto de la LOPDH<sup>355</sup> no entendiendo el motivo de su posterior eliminación achacándolo más bien al fruto de un descuido de la nueva redacción. Por lo tanto, incide en que es el menor y no sus representantes legales quienes pueden revocar el consentimiento incluso cuando el acto de disposición se haya realizado mediante contrato apoyándose para ello en el art. 162 párr. in fine CC. Para ello, razona que el consentimiento revocado recae sobre el elemento personal de los derechos por lo que quien debe prestar el consentimiento o revocarlo y quien debe responder de la posible indemnización por daños y perjuicios con su patrimonio es el menor y no sus

---

<sup>352</sup> Tratándose el ejercicio de una facultad derivada de un derecho constitucional de la personalidad, la posibilidad de revocación no se agota en su ejercicio frente a quien originariamente resultó beneficiario de la licencia, sino que se extiende a todos los que sucesivamente hayan podido ir adquiriendo la titularidad de lo transmitido, puesto que se trata de recobrar el derecho a la imagen, irrenunciable e inalienable en su esencia, dejando sin efecto la autorización que es una facultad excepcional otorgada, (FJ 5º).

<sup>353</sup> “*Si los representantes legales del menor o de la persona con la capacidad modificada judicialmente quisieran que se revocara el consentimiento otorgado judicialmente, lo pondrán en conocimiento del Juez, quien dictará resolución dejándolo sin efecto*”.

<sup>354</sup> DE LAMA AYMÁ, ob. cit., p. 167.

<sup>355</sup> “*Los menores que tengan suficiente uso de razón habrán de contribuir junto con su representante legal, a la prestación del consentimiento o a su revocación*”.

representantes legales independientemente de que se trate de revocar un mero acto de disposición o un contrato consintiendo la intromisión en su intimidad e imagen.

A sensu contrario, cuando nos encontramos en el supuesto, del art. 3.2 LOPDH, serán los representantes quienes podrán revocar el consentimiento prestado, pues el resultado de la revocación es la no injerencia en los derechos de la personalidad del menor. Tal revocación, podrá realizarla cualquiera de los representantes legales con independencia de quién de ellos hubiera prestado el consentimiento. Tal como recoge la SAP de Tarragona de 18 de enero de 1995 en un caso en el que el consentimiento prestado para la aparición de la imagen de los menores en publicidad del colegio prestado por la madre fue revocado por el padre<sup>356</sup>. Pero para la revocación no serán necesarios los requisitos o garantías establecidas en el art. 3.2 tal como manifiesta GARCÍA GARNICA<sup>357</sup> al ampararse en que la citada ley no los recoge y ni siquiera las consecuencias son las mismas que cuando se dispone de estos derechos por el menor. Advierte DE LAMA AYMÁ, que será el menor quien deba responder por los daños y perjuicios que la revocación cause a terceros, aunque el consentimiento que se revoca lo prestaron los representantes legales y admite la posibilidad de que los hijos menores ejecuten acción de regreso cuando alcancen la mayoría de edad. Pero puntualiza que si la cesión del derecho a la intimidad o la imagen se hace de forma contractual comprometiendo la realización de una prestación personal del menor, estaremos ante una promesa de hecho ajena y deberán indemnizar los representantes legales, porque la revocación supondría un incumplimiento contractual propio. Incluso insiste GARCÍA GARNICA que desde el momento en que el menor por el cual consintieron una determinada intromisión sus representantes legales, adquiera capacidad natural, éste será el único legitimado para ejercitar la facultad revocatoria, al margen y aún en contra de la voluntad de sus representantes legales.

---

<sup>356</sup> Afirma que *“La esencia del derecho a la propia imagen permite la revocación del consentimiento, y tratándose de menores, éste debe ser prestado por los progenitores, siendo indiferente que lo prestara la madre y lo revocara el padre incluso a través de mandatario verbal por medio de telegrama, y que no fuera ofrecida indemnización alguna por los posibles daños o perjuicios que se pudieran causar a quien se autorizó, sin perjuicios de que éstos puedan ser reclamados en la vía que corresponda”*.

<sup>357</sup> GARCÍA GARNICA, ob. cit., pp. 206-207.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

Por todo lo expuesto, podemos afirmar entonces que el consentimiento se extiende únicamente a los actos concretos sobre los que el sujeto haya otorgado el mismo, sin que pueda darse un consentimiento de carácter general o genérico debiendo ser por el contrario específico y exclusivo. Asimismo, no puede tener una duración indeterminada, sino que se entenderá siempre prestado por un período específico de tiempo, que se concretará en aquel durante el cual el acto o el hecho consentido se desarrolle. Y finalmente, será siempre revocable pero con los requisitos y consecuencias que lleva aparejados, entre otros el necesario reconocimiento de quien ostenta dicho consentimiento, la indemnización de daños y perjuicios que pudiera conllevar la revocación y en lo que respecta al menor las personas que pueden ejercitar dicha revocación (el propio menor, los progenitores, tutor, etc.). Concretamente, en el apartado 1 del art. 3, revocará y responderá el propio menor salvo que exista una relación contractual cuya responsabilidad es de los representantes legales. En el apartado 2, revocarán los representantes legales, pero responderá el menor sin perjuicio de ejercitar éste acción de regreso contra los mismos, pero si hubiera relación contractual no responderá el menor sino sus representantes legales.

### **2.2.8. Causas que justifica la intromisión ilegítima en la propia imagen del menor**

El art. 7 LOPDH establece una serie de situaciones en las que se presume la existencia del daño y por tanto tendrían la consideración de intromisiones ilegítimas. Se ha venido afirmando por la doctrina que la presunción del daño es *iuris et de iure*. Sin embargo, hay que tener presente que tal presunción puede quedar desplazada por aplicación de la causas de justificación establecidas en el art. 8 de la citada ley. Es decir, partiendo en este caso de la existencia del daño, se considera que la persona debe soportarlo por darse una causa que justifica tal perjuicio.

### 2.2.8.1. Interés histórico, cultural o científico

El art. 8.1 de la LO 1/82 sostiene que “*No se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas u acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante*”.

Muchos autores han criticado tal enumeración por considerarla inadecuada, vaga o redundante. Para ROVIRA SUEIRO hubiera sido más procedente introducir un concepto jurídico más adecuado, como podría ser el del *interés general o público*. De esta forma, se hubiera permitido introducir otro tipo de intereses que deberían estar incluidos, como el interés político o incluso el social, si bien entiende que en cualquier caso cualquiera de ellos puede ser reconducido a alguno de los intereses que enuncia la Ley<sup>358</sup>. A mayor abundamiento, puntualiza nuestra jurisprudencia que será necesario que dicho interés sea *relevante y predominante*, debiendo ser lo suficientemente importante como para que el uso de la imagen sea imprescindible. Al respecto, son interesantes la STS de 7 de octubre de 1996 o la STC 158/2009, de 29 de junio<sup>359</sup>.

Por su parte, DE LAMA AYMÁ<sup>360</sup>, define *interés histórico*, como aquel que se da en los sucesos del pasado que han marcado la evolución histórica de una sociedad y en aquéllos que forman parte de la crónica histórica diaria, dando de esta forma entrada al interés político y a la imagen denuncia. Ahora bien, en relación al menor de edad, entiende que la causa de justificación del interés histórico debe aplicarse en los casos en que éste haya alcanzado la mayoría en el momento de publicar la imagen. De manera que, cuando se trate de publicaciones de imágenes de menores que tengan interés público, deberá ponderarse el perjuicio que puede causarse al menor y el

---

<sup>358</sup> ROVIRA SUEIRO, ob. cit. pp. 94-98.

<sup>359</sup> Establece que “*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*”.

<sup>360</sup> DE LAMA AYMÁ, ob. cit., p. 189.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

beneficio de la publicación de su imagen. Sirva de ejemplo la difusión de la imagen de un menor herido en atentado terrorista la cual debería publicarse de forma que no permitiera reconocerlo en su propio país pero, pues sin duda el perjuicio causado si se distribuyese la fotografía en otro país sería menor.

En lo que respecta al *interés científico*, se reputará como tal cualquiera que favorezca el avance en el conocimiento de cada una de las ciencias, como por ejemplo imágenes de pacientes que ilustran determinada enfermedad, malformación, deficiencia, puede ser el caso de dos hermanas siamesas menores de edad unidas por alguna parte de su cuerpo que han sido intervenidas para ser operadas y sería legítimo introducirlo en libros, proyectarlo en conferencias, aulas, etc. pero ocultando la identidad de la persona siempre que no se elimine el interés científico. No nos debemos olvidar, que en relación al menor, el criterio de la no identificación es especialmente relevante como pone de manifiesto el art. 4 LOPJM ya que la difusión de la imagen o el nombre del menor atenta a su honor o es contraria a su interés por lo que constituirá una intromisión ilegítima. La referencia expresa al nombre y a la imagen guarda una relación directa con la voluntad de que el menor no sea identificado porque ello puede ser contrario al libre desarrollo de su personalidad. De manera que, cuando una noticia vinculada a un menor de edad tiene interés científico puede darse a conocer pero sin revelar la identidad del menor. Esto es, sin difundir su imagen o cualquier otro elemento que permita su identificación. En este sentido, son de especial interés las SSTS de fecha 29 de septiembre y 19 de octubre de 1992 que analizan la cuestión del interés histórico, científico o cultural relevante, y concluyen que no constituye intromisión ilegítima en el derecho a la imagen; y la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Alcobendas de fecha 16 de septiembre de 1998<sup>361</sup>.

---

<sup>361</sup> Se emite un programa de difusión científica consistente en una intervención quirúrgica a un menor con el consentimiento de los padres aunque sin haber cumplido con la obligación de comunicarlo al MF, la Sentencia condena por haber habido intromisión ilegítima pese a reconocer que no había interés económico ni por el médico ni por los padres y pese a que el programa tenía un interés cultural a fin de informar a los ciudadanos sobre la anestesia y sus riesgos pero se concluye con que no puede ser considerado tan relevante

Finalmente, describe el *interés cultural* como las necesidades de índole espiritual en contraposición a los intereses meramente económicos, y evoca el conjunto de manifestaciones de conocimientos científicos, literarios y artísticos de una persona, sociedad o época y el conjunto de creaciones del hombre o de una sociedad. Sin embargo, nuestra doctrina jurisprudencial en STS de 7 de octubre de 1996, es tajante en la imposibilidad de usar la imagen de menores para fines publicitarios bajo el argumento del interés cultural. Un ejemplo es utilizar la imagen de menores sin el consentimiento del propio menor o sus representantes para realizar un anuncio de concienciación que ayude a las personas ancianas es una intromisión injustificada porque el fin de la utilización de la imagen es publicitario.

#### **2.2.8.2. Persona pública en lugar público**

El art. 8.2 a) LOPDH dispone que *“El derecho a la propia imagen no impedirá 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”*.

En lo que respecta al menor, DE LAMA AYMÁ<sup>362</sup> considera que para que la imagen tenga *interés público* deben contemplarse los siguientes criterios: En primer lugar, aun cuando se cumplieran los requisitos del citado precepto no estará justificada la publicación de la imagen si con ello se vulnera de modo directo otro derecho fundamental del menor. Así, en caso de que exista un conflicto entre el derecho a la información y otros derechos fundamentales del menor habrá que estar a las reglas generales del equilibrio entre derechos aplicadas al menor. Podrá publicarse la imagen cuando tenga interés público, transmita una información veraz y no sea

---

como para que predomine sobre el derecho fundamental a la imagen porque se pudieron utilizar imágenes sin falta de identificar al menor.

<sup>362</sup> DE LAMA AYMÁ, ob. cit., pp. 192-193-194.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

gratuita. Ahora bien, cuando esa imagen sea de un menor debe procurarse su no identificación para no vulnerar el libre desarrollo de su personalidad y sus derechos fundamentales, defendiendo su total anonimato y la total exclusión de la imagen mediante mecanismos de desaparición de la misma<sup>363</sup>. De igual modo, no se ofrecerán datos que directa o indirectamente permitan su identificación<sup>364</sup>. En segundo lugar, no sólo deberá tenerse en cuenta para aceptar la justificación de la intromisión la no vulneración del derecho a la imagen sino también que el ambiente que rodea la captación, reproducción y publicación no perjudique el interés del menor. Es decir, no perjudique su desarrollo, pues la personalidad y el carácter del menor todavía se están formando por lo que la presión mediática y social puede comportar un desequilibrio emocional o incluso traumas psicológicos. Es interesante citar la SAP de Madrid de 11 de marzo de 1999<sup>365</sup>. Por otra parte, deben tenerse en cuenta las imágenes denuncia en las cuales es posible que el requisito anterior no se cumpla pero la finalidad de las mismas comporta un beneficio mayor que el posible daño que produce la captación, reproducción y publicación de la imagen. En este supuesto, existe un *interés público* porque sale a la luz una situación vulneradora en sí misma de derechos fundamentales, para que pueda ser conocida por la opinión pública y las instituciones reaccionen contra la injusticia, como puede ser el caso de las fotografías de menores utilizadas por las ONG para despertar una reacción en el público, cuya finalidad de su publicación es precisamente la protección de los derechos fundamentales del menor. La publicación de la imagen persigue por sí misma el interés público pues el objetivo que se busca justifica la intromisión en el derecho a la imagen. El posible perjuicio para el menor, máxime cuando la publicación de la imagen se suele llevar a cabo en otro país por lo que se evita la presión mediática,

---

<sup>363</sup> Reviste especial interés la STS de 18 de febrero de 2013 (RJ 2013, 2016) en la cual se establece que si el “*pixelado*” de la imagen ha sido parcial se considerará igualmente intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del menor.

<sup>364</sup> LORENTE LÓPEZ, ob. cit., p. 191.

<sup>365</sup> Condena a los responsables de un programa de televisión a pagar una indemnización por haber hecho aparecer en el programa a una menor a la que se pretendía vender para dar en adopción pues además de que la aparición de la menor no aportaba ninguna información adicional a la noticia, la identificación de la menor y su vinculación con la noticia así como la presión mediática y social en que se envolvió a la menor redundaron en un perjuicio a su persona por ser contrario a sus intereses.



cede ante la efectiva y actual vulneración de sus derechos que se está denunciando para evitarla en un futuro. En cualquier caso, la imagen de los menores víctimas de una red de pornografía infantil que se ha desmantelado no sería foto denuncia y, por tanto, no estaría justificada su publicación. Estamos ante unas personas noticia, pero es evidente que la publicación de las imágenes pornográficas atentaría contra otros derechos fundamentales del menor como es el derecho a la intimidad y al honor.

Lo cierto es, que la Instrucción 2/2006 contribuye a dar luz en los diferentes supuestos que se dan en los menores de edad, para ello diferencia entre aquellos menores que son famosos por sí mismos (por ejemplo artistas) de los que lo son por ser hijos de personajes famosos. En el primer caso, cuando los menores sean por sí personas públicas o con notoriedad pública, el derecho a la intimidad y a la propia imagen no impedirá su captación, reproducción y publicación si se realiza durante un acto público o en lugares abiertos al público. Pero incluso en los supuestos de captación en lugares abiertos al público, para que ésta sea legítima habrá de respetar el principio del superior interés del menor, de modo que en ningún caso quedarían justificadas actividades de captación de la imagen que perturbaran la vida cotidiana y privada del menor o que estuvieran acompañadas de actos de acoso o seguimiento desproporcionado, lesivos para su intimidad. En el segundo, parte de la premisa de que son menores ante todo por lo que corresponde ser tratados como cualquier otro menor anónimo, debiendo ser respetados sus derechos y ser aplicadas las reglas generales sobre la prestación del consentimiento y de mayor beneficio para el menor. En ese sentido, la STS de fecha 17 de junio de 2009<sup>366</sup> considera que no se puede presumir válido el consentimiento en base a una actitud favorable del progenitor a la captación de fotografías de la imagen de su hija menor en un lugar abierto al público.

---

<sup>366</sup> RJ 2009/3403 desestimó los recurso de casación interpuestos por varias cadenas de televisión que habían difundido las imágenes de una menor, hija de un conocido torero, mostrando públicamente su rostro basándose en que la imagen fue captada en una lugar abierto al público, una plaza de toros, y sobre todo, porque su captación resultó propiciada por el propio torero, que fue quien sacó a su hija a la plaza y la cogió en brazos para que le acompañara en su vuelta al ruedo. El TS consideró que la emisión televisiva de las imágenes vulneró el derecho de la menor a su imagen no pudiendo considerarse como un consentimiento válido la actitud de su progenitor, puesto que en el caso de menores el consentimiento debe ser expreso y en forma escrita, siendo necesario no prescindir de la intervención del MF.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

De manera que, en los casos de famosos que sacan a sus hijos permanentemente en las revistas, televisiones, etc. podrá el MF entablar una demanda contra los padres en interés del menor. No obstante, cabe matizar que en la práctica es habitual que los famosos aparezcan con sus hijos en los medios de comunicación, no siempre para tratar temas beneficiosos o inocuos para el menor<sup>367</sup>, y el MF no ejercite acción alguna contra ellos. En este supuesto, hay que remitirse al punto 7º de la citada Instrucción, que desarrolla de manera exhaustiva las directrices que deben seguir los Fiscales<sup>368</sup>.

### **2.2.8.3. Accesoriedad**

El art. 8.2 c) LOPDH declara que *“No habrá intromisión ilegítima en casos de información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio”*.

En el ámbito del menor, existe dificultad de elaborar una doctrina general debido al fuerte casuismo existente. Para DE LAMA AYMÁ<sup>369</sup> tal causa de justificación, debe ir acompañada de la garantía de que dicha imagen no es contraria al libre desarrollo de la personalidad del menor, por ejemplo el carácter accesorio de la imagen del menor que se publique en Internet.

Asimismo, la Instrucción 2/2006 también entiende que estamos ante una materia que es casuística por definición y establece una serie de criterios generales a tener en cuenta de manera que cada caso concreto habrá de resolverse mediante la técnica de la ponderación.

---

<sup>367</sup> En la Revista Hola, en su edición del 7 de enero de 2009, aparece en portada la exclusiva *“Comunicado de Borja Thyssen tras confirmarse que Sacha es hijo suyo”* junto a una foto de Borja con su hijo Sacha. En las páginas anteriores se contienen muchas otras fotos del niño.

<sup>368</sup> Establece que debe respetarse el principio general de que la notoriedad pública como factor modulador de la intensidad del derecho a la intimidad y a la propia imagen en cada caso solamente es aplicable a los progenitores que estén revestidos de tal nota, sin que quepa transferir tales efectos a sus hijos menores, y así lo han asumido tanto el TC (vid. STC nº134/1999, de 15 de julio) el TS (vid. STS Sala 1ª, nº782/2004, de 12 de julio ( RJ 2004, 4343)) como la jurisprudencia menor (vid. SSAP Madrid, sección 9ª, nº210/2005, de 19 de abril (AC 2005, 973) , Madrid, sección 25ª nº94/2004, de 17 de febrero (JUR 2004, 250224) y Barcelona, sección 11ª, de 16 de octubre de 2002, rec. 46/2001 (JUR 2003, 105156) ).

<sup>369</sup> DE LAMA AYMÁ, ob. cit., pp. 194-195.

Existe un abundante cuerpo jurisprudencial, como la SAP Madrid, de 3 de marzo de 1998<sup>370</sup>; SAP Valencia, Sección 7ª, de 13 de febrero de 2002<sup>371</sup>; SSTS, de 19 de octubre de 1992<sup>372</sup>; de 7 de julio 2004<sup>373</sup>; de 13 de julio de 2006<sup>374</sup> y de 31 de mayo de 2010<sup>375</sup>, acerca de la accesoriadad de las imágenes emitidas del menor en un programa de televisión o periódico.

Ahora bien, nos surge otra cuestión ¿deben incluirse en el art. 8.2 los casos en los que un personaje público aparece de forma reiterada con su hijo menor de edad en

---

<sup>370</sup> En relación al relato biográfico realizado por una adolescente menor de edad, de sus avatares y su lucha para salir del mundo de la droga. Además, la difusión de este relato, como ejemplo digno de encomio para la sociedad y los jóvenes que se encuentren en situaciones similares, se acompañó de imágenes accesorias a su contenido, cuya inclusión se consideró que no vulneraba el derecho a la propia imagen, al ser amparable en lo dispuesto en el art. 8.2 c) de la LO 1/82.

<sup>371</sup> JUR 2002/114678, declara que *“La utilización de la imagen de la menor, captada en la vía pública en un acto de alta participación popular, no atenta contra su derecho a la imagen, no sólo porque el foto metraje es respetuoso con la menor, pues aparece vestida de fallera en el acto de la ofrenda, sino, también, porque dicha imagen es captada en un acto de masiva participación popular, resaltando el carácter accesorio, pues aparece tan sólo unos segundos introduciendo el apartado dedicado la ofrenda, al igual que el resto de los apartados son introducidos por un fotomontaje alegórico de su contenido”*.

<sup>372</sup> Establece que la publicación de la imagen de un menor de edad sometido a diálisis en un centro hospitalario en un libro destinado a profesores, implica una intromisión ilegítima en el derecho del menor aunque no guarde relación directa con el contenido del libro pues su imagen es la única que aparece en la fotografía. La imagen no es accesoria y muestra al menor en una situación que puede vulnerar su honor por lo que ni la imagen es accesoria ni se respeta el interés del menor.

<sup>373</sup> RJ 2004/5273 *“En la que se estima ilegítima la difusión en un programa de televisión de la imagen de una menor de 9 años, tomada con el consentimiento del centro hospitalario donde se encontraba ingresada, por haber sido maltratada y abandonada. La demandada alegaba que el programa se había emitido en el “Día Internacional de la Familia”, con el fin de llamar la atención sobre los malos tratos a menores, por lo que respondía a un fin de interés público. El TS estimó la demanda interpuesta por quienes posteriormente adoptaron a la niña, afirmando que el consentimiento del centro hospitalario no suplía el de los representantes legales y que las imágenes emitidas “mostraban a (la niña) de espaldas, pero luego aparecía de perfil y finalmente se la veía postrada en cama con un primer plano de la cara tomado desde arriba y de frente, lo que permitía observar no sólo las lesiones corporales que padecía, sino también su rostro, con toda nitidez”*.

<sup>374</sup> RJ 2006/4964 *“En la que se estima que no era accesoria la imagen de una menor, publicada en un periódico para ilustrar un reportaje sobre discapacitados, en la que ésta aparecía sentada, en primer plano, junto con otro niño con una profesora, que aparecía de espaldas. El origen del pleito de base de este asunto radicó en que un periódico publicó un reportaje divulgativo sobre las actividades de la Asociación de Padres de Niños con Deficiencias Auditivas (Apanda9, encabezado con el titular “Discapacitados” e ilustrados con las referidas imágenes. El TS basó su decisión, en que el rostro de la menor era el centro de la fotografía y el tamaño de ésta ocupaba media página y resaltaba más que el propio artículo del texto escrito”*.

<sup>375</sup> RJ 2010/2654 *“El objeto de este proceso versaba sobre la protección del derecho a la imagen de una menor, cuya fotografía fue publicada en un periódico sin consentimiento de sus progenitores y con circunstancias determinantes de un daño o perjuicio. Un periódico granadino publicó en su edición del día 6 de enero de 2004, y en primera página, una noticia de portada con el texto siguiente “Al Qaeda amenaza con convertir a España en un infierno. Juramos por Alá que haremos fluir vuestra sangre como ríos”. Dicha noticia se acompañaba con la foto de una menor señalando la puerta de la casa donde supuestamente se había descubierto al grupo terrorista. La menor aparecía sola y sus ojos estaban algo velados, pero era totalmente reconocible por quien tuviese alguna relación con ella”*.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

los llamados programas del corazón? Pues lo cierto es, que los representantes legales están explotando la intimidad e imagen del menor para obtener un beneficio económico propio al margen de la afectación del derecho familiar a la intimidad del menor que se está vulnerando. Pese a ello, deben incluirse en el citado precepto y además justifica la intervención del MF, ya que conforme al art. 4 LOPJM hay intromisión ilegítima si se perjudica el interés del menor.

En definitiva, el art. 8 LOPDH recoge unos supuestos genéricos de exclusión de la vulneración de los derechos al honor, intimidad e imagen en el apartado uno y únicamente el derecho a la imagen en el apartado dos. Tales supuestos, han sido definidos y limitados principalmente por nuestra jurisprudencia en los términos que hemos expuesto, pero con la evolución de la forma de vida actual hacia las nuevas tecnologías, nos llevarán irremediamente al estudio de muchos más casos por nuestros tribunales y, con ello, más juego a la hora de deslindar los distintos casos encuadrables en los supuestos de exclusión de la citada norma.

### **2.3. EN 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**

#### **2.3.1. Cuestiones preliminares**

El principio general de la LOPJM es contemplar al menor como un sujeto activo, participativo y creativo, con capacidad de modificar su propio medio personal y social, y así, en su Exposición de Motivos reconoce que *“la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos”*. Asimismo, considera la intervención del MF una excepción no sólo a la capacidad general del menor, sino a las normas que inspiran y ordenan la realización de tales actos, presididas por la autonomía e independencia de los menores que tienen un

cierto grado de madurez. Pese a ello, en contra del espíritu del art. 3 LOPDH y del art. 162 CC, nace su art. 4 prohibiendo la difusión de datos o imágenes referidos a menores de edad en los medios de comunicación, restringiendo la capacidad de obrar y produciendo una clara modificación del régimen previsto para el consentimiento, sin constar expresamente en la citada LOPJM.

Hay que comenzar anunciando, que el citado precepto es una disposición de carácter orgánico que reconoce los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen ya contemplados en la CE y desarrollados por la LOPDH, y reafirma al menor en la titularidad de los mismos. Asimismo, persigue un objetivo similar al del art. 35.2 de la LO 5/2000, pero yendo más allá. Pues por un lado, la vulneración de la prohibición contenida en el mismo, al margen de las acciones que puedan entablar los representantes legales del menor, determinará la intervención del MF, que deberá instar las correspondientes medidas cautelares y acción de protección de los derechos al honor, intimidad e imagen. De otro, mientras que el art. 35.2 es restringido al tener como fin exclusivamente evitar la identificación de los menores que han participado en la comisión de un delito, el art. 4 es más amplio al considerar intromisión ilegítima toda actuación de los medios de comunicación en la que, por medio de su imagen o de su nombre se identifique a un menor de edad en relación con cualquier tipo de información que pueda afectarle perjudicialmente.

La mayoría de la doctrina se lamenta del contenido del art. 4 principalmente por los siguientes motivos: En primer lugar, porque considera que es de redacción defectuosa, imprecisa, genérica y ha preterido a lo que ya existía consagrado en la LOPDH. En segundo lugar, porque ha incurrido en incoherencias confundiendo las referencias a los derechos al honor, la intimidad y la imagen, siendo una reiteración inútil de lo ya regulado en la anterior ley<sup>376</sup>. Y en último lugar, porque no sirve para

---

<sup>376</sup> RIVERA FERNÁNDEZ, M., "Anotaciones a la ley 1/1996, de 15 de enero", *RGD*, Junio 1996, p. 6505; ALONSO PÉREZ, M., "La situación jurídica del menor en la LO 1/96 de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Luces y sombras", *AC*, nº 2/6, 12 de enero, 1997 p. 27; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 138. GARCÍA GARNICA, ob. cit., p. 205 y SÁNCHEZ-CALERO, ob. cit., p. 163.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

aclarar el régimen que para los menores establecía la LOPDH, más bien produce un efecto contrario en algunas ocasiones planteando muchos problemas.

A sensu contrario, para VARELA<sup>377</sup> es una norma de hondo contenido psicológico cuyo fin es: proteger al menor de aquellas situaciones en que al ser protagonista de un determinado hecho atrae la atención de la prensa, generalmente de carácter sensacionalista que busca índices de rentabilidad económica y de máxima audiencia, a través del fomento de la curiosidad morbosa de la opinión pública. No vulnerar el derecho fundamental a la libertad de comunicación e información por cuanto el mismo tiene como límite el respeto de los derechos que afectan a la protección de la juventud y de la infancia (art. 20.4 CE) y garantizar la inexistencia de intromisiones ilegítimas, incluso cuando son consentidas por el menor o por sus representantes legales. SANTOS MORON<sup>378</sup> aunque reconoce una deficiente técnica legislativa, señala que con ella se 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.

Lo cierto es que la finalidad del tal precepto es reforzar la protección del menor ante las intromisiones ilegítimas consentidas por el menor o por sus representantes legales en los medios de comunicación, o las realizadas por los propios medios de comunicación, y todo ello sin vulnerar el derecho a la libertad de información. Sin embargo, da la sensación de no conseguirlo, por tener una redacción farragosa, reiterativa en algunas ocasiones, novedosa en otras y contradictoria con la normativa ya existente.

---

<sup>377</sup> 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", AC, nº. 12, Marzo 1997, p. 262.

<sup>378</sup> SANTOS MORÓN, ob. cit., p. 4569.

### **2.3.2. Reconocimiento específico de los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor**

El art. 4.1 expone que *“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”*.

Hay que señalar, que su redacción ha suscitado numerosas discusiones doctrinales por entender que se trata de un reconocimiento superfluo al honor, a la intimidad y a la propia imagen. En tal sentido, autores como GULLÓN BALLESTEROS<sup>379</sup>, O'CALLAGHAN<sup>380</sup>, RIVERA FERNÁNDEZ<sup>381</sup> y CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ<sup>382</sup> reconocen que es una evocación inútil, al venir ya recogidos por la propia CE y la LOPDH sin que nadie hubiera pensado ni menos escrito, que los mismos estuviesen excluidos al colectivo de los menores de edad.

En definitiva, es un hecho incontrovertido por nuestra doctrina que el contenido del apartado uno del art. 4, no es más que una pura repetición de algo obvio, opinión que comparto pues unos derechos constitucionales como son los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es evidente que atañen a la totalidad de las personas, ya sean mayores o menores de edad.

### **2.3.3. Las intromisiones ilegítimas en los derechos del menor producidas en el ámbito de los medios de comunicación**

Con carácter previo a abordar el apartado dos del art. 4 que junto con el tres son a mi parecer el quid de la cuestión del citado precepto y los que obviamente más

---

<sup>379</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A., “Sobre la ley 1/96 de Protección Jurídica del Menor”, *La Ley*, nº1996, pp. 1-4.

<sup>380</sup> O'CALLAGHAN, ob. cit., p. 3.

<sup>381</sup> RIVERA FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 6505.

<sup>382</sup> CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 138.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

ríos de tinta doctrinal han generado, comenzaré por definir que son las intromisiones ilegítimas, para ello es necesario acudir al apartado tres que 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*”.

Tal concepto, es *más limitado* que el acogido en el art. 7 de la LOPDH, porque da a entender que la utilización de la imagen o del nombre de un menor en los medios de comunicación sólo constituye intromisión ilegítima *si se produce menoscabo de su honra o reputación*, lo cual podría interpretarse en el sentido de que si no existe tal, no hay intromisión ilegítima. ALONSO PÉREZ<sup>383</sup> también lo ha calificado de *genérico e impreciso*.

Sin embargo, algunos autores como GULLÓN BALLESTEROS<sup>384</sup>, LEAL PÉREZ-OLAGUE<sup>385</sup> y O’CALLAGHAN<sup>386</sup> ponen de relieve que el espíritu de la ley no es éste, debiendo ser completado con el art. 7 de la LOPDH. Pues se refiere exclusivamente a *los medios de comunicación*, de manera que si en uno de ellos se ataca al honor del menor, identificándolo de la forma que sea (por su nombre, por su apodo, por su fotografía, por sus circunstancias) se causará intromisión ilegítima en su honor. Si se desvelan datos de su intimidad, lo que también implica su identificación (por su nombre, imagen o cualquier otro medio), igualmente existirá intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad siempre que sea contraria a sus intereses o incluso si no lo es se aplicará la LOPDH. Y si se utiliza la imagen, se produce intromisión ilegítima si es contraria a sus intereses y aunque no lo sea, si cabe aplicar también el art. 7º. 5 o 6. Pero si además, con esta utilización de la imagen se atenta al honor acaecerá una

---

<sup>383</sup> ALONSO PÉREZ, ob. cit., p. 18.

<sup>384</sup> GULLÓN BALLESTEROS, ob. cit., p. 3.

<sup>385</sup> LEAL PÉREZ-OLAGUE, ob. cit., p. 15.

<sup>386</sup> O’ CALLAGHAN, ob. cit., p. 3.



conurrencia de intromisión ilegítima tanto en los derechos al honor como la imagen. En cambio, para VARELA GARCÍA<sup>387</sup> su redacción parece hacer más especial hincapié en la protección de la intimidad del menor frente a los medios de comunicación que en su imagen u honor. Por su parte, GARCÍA GARNICA<sup>388</sup> entiende que la finalidad del citado precepto no es excluir la aplicación del art. 7 de la LOPDH a los menores de edad, sino endurecer el régimen jurídico de las intromisiones ilegítimas en correspondencia con la especial problemática que plantean debido a la frecuencia con la que en la actualidad se atenta contra el honor, la intimidad y la imagen de las personas desde los medios de comunicación y a la mayor gravedad que caracteriza a las intromisiones realizadas a través de estos medios, en virtud del efecto multiplicador de la lesión que conlleva su amplia difusión. Finalmente, DE LAMA AYMÁ<sup>389</sup> considera que pese a su innegable deficiencia técnica, el citado apartado tiene vocación de exhaustividad y la virtud de dar una regla general para determinar cuándo se produce una intromisión ilegítima en el honor del menor a diferencia del art. 7.3 y 7 LOPDH que regula supuestos concretos en los que se presume la intromisión pero no tiene vocación de exhaustividad. Por ello, está a favor de hacer una interpretación integrada de ambos preceptos para superar las carencias que puedan tener y para aplicar las reglas propias del derecho al honor del menor en los supuestos contemplados con carácter general en los citados apartados del art. 7, pues la diferencia entre los arts. 7 y 4.3 está en que el derecho al honor no solo puede vulnerarse mediante la palabra sino que también con la imagen y el nombre.

No obstante lo anterior, nos surge la cuestión de ¿por qué este apartado tres se refiere únicamente a la utilización de la imagen o del nombre? En mi opinión, porque al identificar al menor en ambos casos es posible vincularle una serie de hechos que vulneran su honor y que de otra forma no se le podría atribuir. Ya que la expresión “hechos u opiniones o imágenes contrarias a la dignidad que no se atribuyen a una persona concreta identificada” no supone intromisión ilegítima en el derecho de

---

<sup>387</sup> VARELA GARCÍA, ob. cit., p. 262.

<sup>388</sup> GARCÍA GARNICA, ob. cit., pp. 208-209.

<sup>389</sup> DE LAMA AYMÁ, ob. cit., p. 275.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

nadie, por lo tanto, la identificación del menor mediante el nombre o su imagen supone que los hechos, opiniones o imágenes reconocibles que se difunden constituyan una vulneración del honor. Con ello, el legislador pretende proteger al menor en los casos en que la intromisión en el honor se justifique por la existencia de un interés legítimo en la información<sup>390</sup>. Es obvio, que para informar sobre un tema de interés público no es preciso revelar la identidad del menor a través de la difusión de su imagen o nombre puesto que no se aporta ningún dato relevante y en cambio, permite el menoscabo de su honor y de su interés<sup>391</sup>. De no respetar esta regla, no solo se podría vulnerar el derecho al honor del menor sino también su derecho a la intimidad<sup>392</sup>. Igualmente, existe intromisión ilegítima en el honor para el caso que no haya divulgación de hechos pero el acto es atentatorio de la dignidad del menor<sup>393</sup>.

Por todo lo expuesto, podemos afirmar que la ley no hace referencia expresa a la ilegitimidad de la imagen que perjudique el honor del menor pero la referencia al interés de éste supone que también será ilegítima la imagen que vulnere la intimidad del menor o cualquier otro de sus derechos fundamentales. La innovación que plantea la LOPJM es que 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 de que se haya prestado consentimiento o no a la intromisión. Se produce por tanto, una modificación del art. 3 de la LO 1/82 por este apartado 4.3 de la LO 1/96 de igual rango que la anterior pero posterior en el tiempo y con mayor grado de especialidad en la materia que trata.

---

<sup>390</sup> En el caso por ejemplo, que tras dismantelar una red de pornografía infantil se difundieran las imágenes pornográficas de los menores de edad pues aunque existe un interés público, la difusión de dichas imágenes sólo contribuye a una actitud morbosa pero no a la libre información de la opinión pública.

<sup>391</sup> MORALES PRATS F., "Derecho a la intimidad versus tratamiento de datos sanitarios", *Derecho y Salud*, 2001, vol. nº 2, pp. 146-147, sostiene que no debe confundirse la información con la identificación.

<sup>392</sup> O'CALLAGHAN, ob. cit., p. 4. El derecho al honor puede ser vulnerado por la falsedad de los hechos o imágenes difundidos o por la difusión de hechos o imágenes pertenecientes a la vida privada y, por tano, necesariamente verdaderos, que son además atentatorios del honor. La revelación de la identidad del menor que se vincula a esos hechos, opiniones o imágenes es la que permite vulnerar el derecho al honor de dicho menor y, en su caso, la intimidad.

<sup>393</sup> En el caso de filmación o fotografía de imágenes de contenido pornográfico que, con independencia de su difusión o no, son en sí mismas contrarias a la dignidad del menor de edad.

En consecuencia, a partir de la aplicación del citado apartado y del principio de la objetividad a la hora de determinar la existencia o no de intromisión ilegítima, surge abundante casuística por nuestros tribunales que les ha llevado a tal decisión. Y así, en relación al TC son interesantes las SSTC de fecha 30 de junio de 2003 relativa al derecho a la intimidad del menor y de fecha 29 de junio de 2009<sup>394</sup> respecto al derecho a la propia imagen del menor. A su vez, nuestro TS también aborda diversidad de casos en lo que se resuelve la existencia de intromisión ilegítima. Sirvan de ejemplo la STS de fecha de 27 de junio de 2003 que apreció la existencia de intromisión ilegítima en la intimidad en la noticia sobre una niña que era portadora de anticuerpos; la STS de 28 de junio de 2004, que mantuvo la existencia de intromisión ilegítima en la intimidad del menor en la noticia que difundía la comisión por este menor de un hecho delictivo; la STS de 13 de julio de 2006, que afirmó la existencia de intromisión ilegítima en la utilización ilegítima de la imagen de un menor. En cuanto a la publicación de fotografías de menores que también conlleva intromisión ilegítima en la imagen son de interés, las SSTS de 19 de octubre de 1992, 7 de octubre de 1996, de 18 de octubre de 2004, de 28 de junio de 2004, de 19 de julio de 2004 y la de 18 de octubre de 2004. Igualmente, las SSTS de 22 y 23 de octubre de 2008 y de 14 de mayo 2009<sup>395</sup> resuelven que la difusión de datos identificativos de menores por haber sido víctimas de determinados delitos violentos producen intromisión en su intimidad, incluso si estos datos, como es una agresión sexual, se dan en relación a mayores de edad. La STS de 8 de mayo de 2013, entiende que existe intromisión ilegítima cuando se incluya la imagen de un menor en un vídeo promocional de campaña electoral de un partido político. La STS de fecha 30 de junio de 2015, considera intromisión ilegítima cuando se incluya la imagen del menor en una revista con independencia de los fines perseguidos por su publicación o de que pudiera o no afectar a la reputación del afectado, lo que permitiría entrar en juego la vulneración de otros derechos fundamentales, como el honor y la intimidad personal. En lo atinente a nuestra jurisprudencia menor, merece especial mención, la SAP de Asturias, Sección 7ª, de 13

---

<sup>394</sup> Marginal 284509, nº Rec. 8709/2006.

<sup>395</sup> La Ley 75425/2009.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

de febrero de 2003<sup>396</sup> que mantuvo la existencia de intromisión ilegítima en la intimidad del menor al ser innecesaria y perjudicial para el menor la publicación de su nombre completo por parte de los tres periódicos. La SAP de Cádiz, de 28 de abril de 2004, la cual considera que la difusión de la imagen de la menor puede ser contraria a sus intereses, en concreto, a su readaptación social. La SAP de Álava, de 25 de noviembre de 2004<sup>397</sup>, que confirma el deber de proteger la dignidad del menor aún en el caso de que éste haya cometido un delito. Las SSAP de Madrid, Sección 20, de 11 de febrero de 2005 que motiva la existencia de intromisión precisamente por su condición de menor, pues debe ser especialmente protegido y no tiene la obligación de sacrificarse<sup>398</sup>, y de 21 de diciembre de 2005<sup>399</sup>, que condena a la cadena de radio COPE al extralimitarse en el ejercicio del derecho de la información por identificar a las dos hijas menores de un abogado asesinado, pese a que ambas habían sido tristes protagonistas del suceso, ya que una resultó lesionada con arma blanca y la otra agredida sexualmente. La SAP de Madrid, Sección 18ª, de 19 de junio de 2006<sup>400</sup>, que argumenta la existencia de intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad y propia imagen de dos menores de edad debido al tratamiento informativo prestado en un programa veraniego de Antena 3 TV. La SAP de Córdoba, Sección 1ª, de 13 de noviembre de 2007<sup>401</sup> y la SAP de Madrid, Sección 19ª, de 21 de febrero de 2013, que reconoce haber intromisión ilegítima con la publicación de una fotografía de un menor en una boda al aire libre. Por último, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Sevilla, de 11 de marzo de 2010<sup>402</sup> que adujo la existencia de intromisión ilegítima de unos menores por la difusión de sus rostros sin deformar en dos programas de televisión con motivo de la detención en relación con la muerte de la

---

<sup>396</sup> La Ley 31340/2003.

<sup>397</sup> La Ley 837/2005.

<sup>398</sup> *“La divulgación de la imagen de la menor Doña Nuria y la divulgación de los datos privados de la misma a que se ha hecho referencia en el Fundamento de Derecho precedente, debe considerarse intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen y en la intimidad de la citada menor, el primero al divulgarse en la portada de un diario nacional de los mayor circulación, y la segunda, en cuanto supone la publicación de DATOS, como su NOMBRE, CENTRO EN QUE CURSA SUS ESTUDIOS, curso y agresión sufrida, que es contraria a sus intereses y que le han producido una gran desazón”.*

<sup>399</sup> La Ley 245679/2005.

<sup>400</sup> La Ley 158602/2006.

<sup>401</sup> La Ley 267787/2007.

<sup>402</sup> La Ley 74878/2010.

joven Marta del Castillo y la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Tarragona, de fecha 9 de julio de 2015 que condena a TVE por el programa “*Entre todos*” por vulnerar los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar de un niño con discapacidad.

Ahora bien, un estudio más detallado de las expresiones contenidas en el citado apartado nos lleva a analizar en primer lugar, el significado novedoso ***cuando se produce menoscabo en su honra o reputación o cuando es contraria a los intereses del menor.***

Por una parte, PANTOJA GARCÍA<sup>403</sup> hace un análisis con carácter amplio del concepto de intromisión ilegítima en el caso de los menores y considera que existe cuando hay cualquier utilización de la imagen o nombre en los medios de comunicación que implique *menoscabo en su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses*. Por lo tanto, la utilización de la imagen o datos personales (la referencia al nombre y apellidos) debe ir acompañada en primer lugar de *menoscabo en su honra o reputación*, lo que conlleva que para el caso de los menores no sólo se debe atender a lo que socialmente pueda considerarse como afrentoso, sino lo que en la especial relación entre los propios menores que conforman su entorno social habitual se considere como tal. Por consiguiente, lo que para un mayor puede ser una situación socialmente irrelevante, para el menor, en relación con su propio entorno social, colegio, zona de juegos, etc. puede dar lugar a ser padecido como afrenta que menoscabe, rebaje o perjudique su honra y reputación entre sus iguales. Cuestión que habrá que estudiar detenidamente en cada caso. En segundo lugar, que sea *contraria (o perjudique) sus intereses*, es decir, no parece sólo aludir al interés del menor sino a los intereses procesales, económicos sociales, etc. y también a los educativos propios de una personalidad en formación. Ello requerirá, un análisis pormenorizado de los técnicos para su determinación, tanto para valorar el alcance de la vulneración del derecho, como en el pleito para probar la misma.

---

<sup>403</sup> PANTOJA GARCÍA, ob. cit., p. 13.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

En una situación intermedia se sitúa SANTOS MORÓN<sup>404</sup> quien señala que aunque no se recoja en el precepto, la divulgación de la imagen o el nombre del menor deben haber tenido lugar con ocasión de la difusión de algún tipo de información relativa a éste. Respecto a la primera hipótesis, es decir aquella que con relación a ciertos hechos se identifica al menor de forma que queda afectada perjudicialmente la *honra o reputación* del mismo, explica que el precepto está pensado para aquellas supuestos en que ya, sea el menor, ya sus padres (eventualmente su tutor) con la aprobación del MF, ofrecen voluntariamente a los medios cierta información relativa a aquél y/o permiten que por medio de la utilización de su imagen o su nombre, se desvele la identidad del menor al que la información se refiere pero lo hacen sin percatarse de que el contenido de la misma (o el tratamiento dado en los medios de información) puede lesionar el honor del menor que resulta identificado. Considera por ello, que lo establecido en el art. 3.2 de la LOPDH no es aplicable al derecho al honor, pues resultaría absurdo que el MF no se opusiera al consentimiento proyectado o que el juez, en su caso, autorizara la vulneración del honor del menor<sup>405</sup>. En lo atinente a la segunda hipótesis, es decir, la referente a la creación de una situación *contraria a los intereses del menor* derivada de la utilización consentida de la imagen o el nombre de éste en los medios de comunicación, piensa que es para aquellos supuestos en que inicialmente, cuando se presta el consentimiento, no se prevé que de la intromisión consentida puedan derivarse perjuicios para el menor. Pone como ejemplo ciertos casos en que el tratamiento informativo dado a una noticia o el sensacionalismo informativo propio de algunos medios pueden exponer al menor a la curiosidad morbosa del público de forma que quede comprometido su desarrollo futuro, o puede ocurrir que el menor, pese a poseer capacidad natural para consentir, actúe movido por un cierto deseo de fama o celebridad y se deje influenciar por terceros aceptando convertirse en pasto de curiosidad pública o lo hagan sus propios padres movidos por similares impulsos sin percatarse de las consecuencias que

---

<sup>404</sup> SANTOS MORÓN, ob. cit., p. 4665.

<sup>405</sup> SANTOS MORÓN, ob. cit., pp. 191-193-194.

pueden derivarse para el futuro desarrollo del menor. En definitiva, interpreta que la situación contemplada en esta norma es aquella en que se produce un perjuicio para el menor que no era inicialmente previsible o que el propio menor -pese a poseer capacidad natural- no previó cuando otorgó el consentimiento a la intromisión.

Finalmente, una postura restrictiva es la de GARCÍA GARNICA<sup>406</sup> quien analiza la expresión *menoscabo de la honra o reputación* del menor y considera que es el bien jurídico amparado por el derecho al honor, sin que su lesión tenga que implicar necesaria y cumulativamente la de la intimidad y la imagen, como parece presuponer este precepto. Por ende, entiende que no contradice ni aporta nada nuevo el hecho de que la lesión al honor vaya acompañada de *la utilización de la imagen o el nombre* del perjudicado, ya que para lesionar el honor no basta divulgar anónimamente datos injuriosos, sino que deben estar ligados a un nombre, una imagen u otras circunstancias que permitan revelar la identidad del perjudicado. En lo concerniente a la segunda, no cree que quepa apreciar intromisión ilegítima en estos derechos de la personalidad más que cuando se lesionen los bienes jurídicos tutelados por los mismos, y no cualesquiera intereses indeterminados y distintos a los que integran su contenido esencial, pues lo contrario, supondría la desnaturalización de los mismos, al tiempo que una injustificada extensión de la tutela constitucional a intereses no merecedores de ella.

Por mi parte, considero que el concepto de intromisión ilegítima debe ser entendido desde una postura intermedia de tal forma que pueda abarcar cualquier situación prevista y no prevista en el entorno social del menor que le produzca una lesión en su derecho al honor, intimidad e imagen.

En segundo lugar, cuando se refiere a la expresión *medios de comunicación* nos propone la cuestión sobre si el sujeto activo de la intromisión ilegítima tiene que ser un medio de comunicación o no.

---

<sup>406</sup> GARCÍA GARNICA, ob. cit., p. 209.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

Pues bien, a favor de una interpretación limitada que le impide ir más allá de un *medio de comunicación* está GRIMALT SERVERA<sup>407</sup> para ello, se apoya en que el citado apartado restringe la capacidad del menor, pues minusvalora su consentimiento para autorizar intromisiones hasta el punto de dejarlo sin relevancia. Por tanto, la extensión del sujeto activo del citado precepto supone a su vez restringir más la capacidad de obrar del menor algo que la ley no permite, pues en su art. 2, último párr., dispone que *“Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva”*. Pero al igual que DE LAMA AYMÁ<sup>408</sup> incluye dentro del concepto Internet o la telefonía móvil, siendo irrelevante la finalidad del uso de la imagen o del nombre del menor en esos medios de comunicación. En relación a la red informática, no debemos olvidar que también se puede utilizar por redes de pornografía infantil como forma de divulgación de imágenes pornográficas de menores<sup>409</sup>. De tal manera, que aquellas webs que muestren imágenes de menores con contenido pornográfico, suponen una vulneración del derecho de imagen, a la intimidad corporal y sobre todo al honor por lo que podrá interrumpirse su prestación al margen de las consecuencias jurídicas de la intromisión ilegítima en la vía penal, civil o norma sectorial. Y en cuanto a la telefonía móvil, al existir en el mercado dispositivos móviles con cámara incorporada, éstos facilitan la toma in consentida de imágenes y su falta de control sobre las imágenes que se envían, el riesgo de lesión del honor aumentará a medida que se usen cada vez más estos medios de comunicación<sup>410</sup>.

---

<sup>407</sup> GRIMALT SERVERA, ob. cit., p. 114.

<sup>408</sup> DE LAMA AYMÁ, ob. cit., p. 133.

<sup>409</sup> Además en internet aparecen foros, chats, webs,... donde se realizan constantemente manifestaciones sobre terceras personas que también pueden ser menores de edad. La principal forma de lesión del honor del menor a través de Internet se está produciendo sobre todo mediante la difusión de imágenes más que por expresiones injuriosas.

<sup>410</sup> El Periódico, de 15 de julio de 2003 recoge un caso de la utilización de un teléfono móvil para tomar fotografías de menores desnudos.



En cambio, a favor de una interpretación extensiva, está PLAZA PENADÉS<sup>411</sup> quien en base al carácter de *númerus apertus* que detentan las intromisiones ilegítimas opina que no tiene por qué ser necesariamente un medio de comunicación el sujeto activo de las mismas.

En lo que a mí respecta, la citada expresión se refiere más bien a todos los medios de comunicación como sujetos activos de la intromisión ilegítima, englobando a los ya conocidos y a los nuevos medios, tales como Internet, Redes sociales y Dispositivos móviles.

En tercer lugar, la expresión ***el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor*** reabre un debate que ya era pacífico por nuestra doctrina y jurisprudencia, cual es si estamos ante un derecho tricéfalo o tres derechos.

Según manifiestan DIEZ-PICAZO, GULLÓN BALLESTEROS y CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ<sup>412</sup>, tal confusión es consecuencia de supeditar la apreciación de una intromisión en estos derechos a la existencia de un *menoscabo de la honra o reputación*. Incluso para éste último, es el resultado de la confusión de dos de los derechos protegidos. En cualquier caso, será O'CALLAGHAN<sup>413</sup> quien zanje cualquier duda al respecto al reconocer obviamente lo ya resuelto con anterioridad por nuestra CE y LOPDH. Es decir, estamos ante tres derechos distintos cuales son el derecho al honor, el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen, pero atribuye esa confusión a la existencia en la práctica de numerosas demandas que formulan en protección conjunta de los tres derechos, sin distinguir a cuál de ellos atenta el hecho objeto de la misma, lo que implica que este apartado también caiga en la misma confusión. Ello, sin perjuicio de que un mismo hecho puede atentar conjuntamente

---

<sup>411</sup> PLAZA PENADÉS, J., *El derecho al honor y la libertad de expresión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 132.

<sup>412</sup> CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, ob. cit., p.138.

<sup>413</sup> O'CALLAGHAN, ob. cit., p. 4.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

con el honor y la imagen, o contra la intimidad y la imagen, en principio, no es posible la concurrencia del atentado al honor y a la intimidad.

Consecuentemente, cabe reiterar que nos encontramos ante tres derechos diferentes como ya habían sido reconocidos unánimemente y pacíficamente en la CE, la LOPDH, la doctrina y la jurisprudencia.

En cuarto lugar, la expresión *incluso si consta el consentimiento del menor* nos lleva a una posición totalmente contradictoria con la mantenida en la LOPDH, cual es la ineficacia del consentimiento otorgado por el menor

Tal expresión, se ha calificado como *perturbadora* al obviar y parecer desconocer por completo lo recogido coherentemente y congruentemente en el art. 162. 1 CC, art. 3 de la LOPDH, y la jurisprudencia imperante en esta materia hasta el momento, cuál era la posibilidad de los menores otorgar por sí solos aquel consentimiento si sus condiciones de madurez lo permitían. De tal manera, que convertir en ineficaz el consentimiento otorgado por el menor supone para GULLÓN BALLESTEROS<sup>414</sup> una disminución notable de lo que hasta ahora era un reconocimiento de su capacidad de obrar. NUÑEZ MUÑIZ<sup>415</sup> igualmente reconoce ser contraria al citado art. 3 y aboga por una interpretación restrictiva del art. 4.3 de la LOPJM por varias razones: la primera, porque por un lado se hace un reconocimiento general de la capacidad del menor, disponiendo que las incapacidades se interpreten de forma restrictiva, y por otro, se coarta esa libertad e impone limitaciones a su capacidad de obrar incluso contradiciendo la voluntad del menor en la utilización de su nombre o cualquier difusión de su imagen conveniente o no a sus intereses, prescindiendo, de su capacidad o su voluntad. La segunda, porque no se habla de una edad siquiera aproximada hasta la cual esta limitación debe operar. Es evidente, que

---

<sup>414</sup> GULLÓN BALLESTEROS, ob. cit., p. 3.

<sup>415</sup> NUÑEZ MUÑIZ, C., "Algunas consideraciones sobre la LO 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor", *La Ley* nº 5, 1996, p. 1484.

no es lo mismo un menor de cinco años, que puede ser manipulado, tanto por sus representantes legales como por cualquier persona interesada en la utilización de la imagen, que otro de diecisiete. Tampoco se hace referencia a esa expresión tan utilizada en materia de menores como es *si tuviese suficiente juicio*. Existen unas diferencias sustanciales entre los menores de una edad y otra, sin que en el citado apartado se distinga y se hable del menor en general sin especificar. Por lo anterior, considera más precisa la LOPDH en su art. 3 que sólo concede intervención, en la protección de este derecho, además de al propio menor, a sus representantes legales y al MF, mientras que la LOPJM no sólo va más allá en el sentido de permitir que cualquier persona ajena a este círculo intervenga, sino que incluso puede hacerlo en contra de la voluntad manifestada de los más directos interesados, como el menor y su padres. La última, porque cuestiona la validez del consentimiento prestado a las intromisiones ilegítimas de lo que se podría deducir una derogación implícita del art. 3 LOPDH, lo que a sensu contrario, supondría una rebaja del nivel de protección de los derechos de los menores. En definitiva, le niega al citado art. 4.3 la virtualidad de derogar implícitamente lo dispuesto con mayor claridad y sistemática en el citado art. 3. Y haciendo una interpretación conjunta de los arts. 2º, 3º y 4 de la LOPJM, razona que la mejor garantía de los derechos del menor que cabría inferir de esta ley sería la de encomendar al MF la labor de velar activamente por el cumplimiento de lo dispuesto en la LOPDH, con especial desvelo en el ámbito de los medios de comunicación.

Sin embargo, O'CALLAGHAN<sup>416</sup> califica precisamente la especialidad de esta norma, en su último inciso, es decir, carece de eficacia el consentimiento que pueda dar el mismo menor o su representante legal cuando los medios de comunicación atenten a los derechos al honor, intimidad o imagen de un menor o en forma contraria a sus intereses. De manera que, *si la intromisión se da en un medio de comunicación que implica menoscabo de su honra o reputación*, no cabe el consentimiento ni del menor ni del representante legal y si se diera carecería de eficacia alguna. Ahondando aún más

---

<sup>416</sup> O'CALLAGHAN, ob. cit., p. 5.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

en el derecho a la imagen, incluso se puede considerar que no es una exclusión de la ilegitimidad sino una delimitación conceptual de aquélla, en el sentido que implica su ejercicio en su aspecto positivo (por ejemplo para el ejercicio de profesión de modelo o de artista de cine). Es frecuente ver el consentimiento en una intromisión al derecho a la imagen, es menos corriente en el derecho a la intimidad (en los reportajes de la vida familiar, en cierto tipo de revistas) e insólito en el derecho al honor (cabe citar el caso de la STS de 7 de marzo de 1990<sup>417</sup> pero no referida a un menor).

Después de todo, como bien señala DE LAMA AYMÁ, cuando sea el propio menor quien presta el consentimiento, serán los representantes legales en ejercicio de la potestad que tienen asignada quienes deberán velar por la protección del interés del menor y en su defecto, aunque conste el consentimiento del menor el MF podrá intervenir incluso a posteriori siempre que impida una actuación incorrecta del ejercicio de la potestad de los padres o tutores en el complemento de la capacidad del menor. Asimismo, la madurez del menor para ejercer su derecho de la personalidad o incluso para prestar el consentimiento contractual no supone tener la capacidad necesaria para valorar las circunstancias que rodean el ejercicio de dichos derechos como lo demuestra el hecho de que sea necesario el complemento de la capacidad del menor en la prestación del consentimiento contractual<sup>418</sup>.

Por todo ello, y bajo mi punto de vista, hubiera sido mucho más acertado y coherente con el derecho positivo vigente extender el supuesto de hecho del art. 3.1 de la LOPDH al control previo que el ap. 2º del art. 4 atribuye al MF. Siguiendo así en línea con lo dispuesto en el art. 162 CC y el art. 2 de la propia LOPJM, y sobre todo, constituirse en una medida preventiva, y no meramente reparadora, de eventuales intromisiones en los derechos del menor de edad. Sin embargo, una crítica constructiva me lleva a la conclusión de que las discrepancias que puedan plantearse entre ambas normas (ya que los supuestos que la LO 1/82 reputa intromisiones

---

<sup>417</sup> Act. Civ., 53390.

<sup>418</sup> DE LAMA AYMÁ, ob. cit., p. 171.

ilegítimas son más amplios que los de la LO 1/96 pensados específicamente para menores), deberán resolverse integrando la LOPJM en la LOPDH y reforzando los mecanismos de garantía previstos en la misma, a su vez la jurisprudencia tendrá que enfrentarse con el difícil problema de conciliar ambos opuestos preceptos. En última instancia, si no es posible conciliarlos, se deberá acatar lo recogido en este apartado de tal modo que carecerá de eficacia el consentimiento del menor si los medios de comunicación atentan contra sus derechos al honor, intimidad o imagen o son contrarios a sus intereses.

Otra crítica a este apartado es que tampoco nos revela cual es el límite de edad para fijar la madurez del menor para consentir, cuestión relevante y compleja para la doctrina.

En este sentido, PANTOJA GARCÍA<sup>419</sup> al analizar el posible límite existente derivado de la madurez del menor o, mejor dicho, de la falta de madurez del menor señala tres límites: los 12 años para aquellas cuestiones en que entran en juego valores de la afectividad y la relación social del menor; los 14 años para la posibilidad de disponer de derechos *mortis causa*, pero no para el caso de vida del menor y los 16 años para una gran capacidad de disposición de bienes y derechos. En consecuencia, el citado autor afirma que el consentimiento o la madurez a que se refiere esta ley y que supone la disposición de derechos personalísimos y fundamentales del más alto rango constitucional, deben estar encuadrados en el ámbito de la legislación civil de referencia, en el caso de los mayores de 16 años. Es decir, en el supuesto en el que la ley permite la emancipación. Sin embargo, DE LAMA AYMÁ<sup>420</sup> aunque solo se refiera al derecho a la imagen únicamente establece dos límites: el menor que se encuentre entre los doce y los dieciséis debe consentir siempre el contrato sobre su imagen que le obligue a realizar una prestación personal y el que se encuentre entre los siete y doce años deberá hacerlo cuando tenga madurez suficiente. Como quiera que esta ley no diferencia entre menores con madurez suficiente o sin ella o menores de edad

---

<sup>419</sup> PANTOJA GARCÍA, ob. cit., p. 14.

<sup>420</sup> DE LAMA AYMÁ, ob. cit., p. 157.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

emancipados o no emancipados, surge la duda si la limitación de la capacidad de obrar del menor es extensible a los menores de edad emancipados. Al igual que GRIMALT SERVERA<sup>421</sup> opino que este apartado no es de aplicación a los menores de edad emancipados, toda vez que su finalidad es la de reforzar la protección del art. 3 LOPDH, el cual no se refiere a tales menores<sup>422</sup>.

Atendiendo a lo anterior, considero que el consentimiento del menor o de sus representantes legales, si es prestado con las garantías de la LOPDH no puede ser ineficaz, como tampoco lo puede ser el consentimiento otorgado por un menor mayor de catorce años, pues hay preceptos del CC y de otras leyes especiales para los cuales no es indiferente tal consentimiento y máxime cuando el objetivo de esta ley es obtener la máxima capacidad del menor y ser protagonista de su propio destino. En consecuencia, no tener en cuenta la voluntad del menor es contrario con la letra y el espíritu de la LOPJM cuyo fin es conferir mayor capacidad y libertad al menor.

En quinto lugar, la expresión ***incluso si consta el consentimiento de los representantes legales*** conlleva la ineficacia del consentimiento otorgado por sus representantes legales ante una intromisión ilegítima, obviando e ignorando por completo los requisitos que el art. 3.2 de la LOPDH supeditaba para la validez y eficacia del consentimiento.

También aquí han surgido diversas interpretaciones, por una parte autores como GULLÓN BALLESTEROS<sup>423</sup> critican la existencia de la citada expresión y la consideran carente de sentido salvo que ésta no se refiera al consentimiento de los representantes legales otorgado en forma legal. De forma más dura y profunda si cabe

---

<sup>421</sup> GRIMALT SERVERA, ob. cit., p. 118.

<sup>422</sup> GULLÓN BALLESTEROS, ob. cit., p. 1961; RIVERA FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 6503, excluye a los emancipados directamente del ámbito de aplicación de la LOPJM, pues entiende que al quedar extinguida la patria potestad o tutela rigen su vida como si fueran mayores de edad (arts. 321-323 del CC).

<sup>423</sup> GULLÓN BALLESTEROS, ob. cit., p. 4.

aún, se sitúa GARCÍA GARNICA<sup>424</sup> quien argumenta su inutilidad por no aportar nada nuevo al consentimiento manifestado por los representantes legales del menor. Defiende su irrelevancia para desvirtuar lo dispuesto en el art. 3 LOPDH, por ser una norma meramente programática, deficiente, imprecisa y genérica, que ha preterido lo que ya existe consagrado, incluso se cuestiona su constitucionalidad, en la medida que interpretada en su literalidad, supondría confiar a los poderes públicos, más concretamente al MF y en relación a los menores de edad, la evaluación de lo que es contrario o conforme no sólo a su honor, sino también a *sus intereses*, sin que la ley precise qué se debe entender por éstos. Y todo ello, pese a que los límites de esa restricción estén tasados legislativamente, con el consiguiente riesgo de incurrir en arbitrariedad. En igual línea, para FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL<sup>425</sup> carece de sentido y cree que la interpretación más adecuada es la que considera que es aplicable cuando el representante haya consentido obviando los requisitos legales, en cuyo caso, el consentimiento así prestado sin control por parte del MF, podrá ser impugnado. Por su parte, SANCHEZ-CALERO<sup>426</sup> afirma que se refiere a la invalidez del consentimiento prestado por el menor o sus representantes legales en el caso de la utilización de la imagen o el nombre del menor en los medios de comunicación cuando implique menoscabo de su honra o reputación, o sea contraria a sus intereses, y para el resto de los casos rige el art. 3 LOPDH. Le parece el citado apartado tan *innecesario* al igual que la mayoría de la doctrina, pues se presta a muchos problemas interpretativos, por su deficiente redacción y no tener en cuenta ninguna de las otras disposiciones que con anterioridad hacían referencia a esta cuestión. Sin embargo, deduce que la solución adoptada por dicha ley respecto al consentimiento es evitar la inseguridad que plantea la alusión a las condiciones de madurez.

---

<sup>424</sup> GARCÍA GARNICA, ob. cit., p. 211.

<sup>425</sup> FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, ob. cit., p. 9.

<sup>426</sup> SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, ob. cit., p. 171.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

En cambio, otros autores como HIERRO LIBORIO<sup>427</sup> adoptan una posición favorable a la exclusión de la regulación del consentimiento, pues considera que la intimidad de los niños nunca puede ceder por razón de consentimiento salvo cuando su desvelamiento -como la utilización de su imagen- repercutiese en su propio superior interés. De forma similar, aunque más atenuada se pronuncia RIVERA FERNÁNDEZ<sup>428</sup> quien considera que la intromisión aun con consentimiento del menor se considerará ilegítima. Incluso GARCÍA MÁZ<sup>429</sup> opina que el consentimiento del menor o de sus representantes legales no es suficiente para evitar la intromisión ilegítima en sus derechos en los medios de comunicación, de manera que en temas tan importantes como el derecho al honor, el menor requiere un tratamiento específico debiendo estar controlado con mayor fuerza, en relación con otros sujetos de derecho. Finalmente, PASCUAL MEDRANO<sup>430</sup> hace una reflexión positiva sobre el citado apartado destacando su importante refuerzo de carácter garantista, de tal forma que desde el momento en que se avisa a los medios de comunicación de que el consentimiento no es suficiente para legitimar la intromisión, cabe suponer un mayor cuidado en éstos a la hora de realizar referencias a menores. Establece que la regla general en la actuación de Fiscales y Jueces debería ser impedir el consentimiento de los representantes legales del menor siempre que legitimen intromisiones al honor, a la intimidad y a la propia imagen, debiendo solo autorizarse supuestos que de algún modo beneficien al menor, evitando siempre que el beneficio sea exclusivamente satisfacer la codicia de los mayores.

Con el fin de evitar la ineficacia del consentimiento de los representantes legales, la Instrucción 2/1993, aconseja a los fiscales que lleven a cabo una labor anticipada dirigiéndose a éstos y a los medios de comunicación implicados para

---

<sup>427</sup> HIERRO LIBORIO, L., "La intimidad de los niños: un test, para el derecho a la intimidad" en *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, (Coord. J.M. SAUCA), Universidad Carlos III, BOE, Madrid, 1994, p. 390.

<sup>428</sup> RIVERA FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 6505.

<sup>429</sup> GARCÍA MÁZ, F. J., "Panorama General de la ley 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del menor", *AC*, núm.34/22, 28 de septiembre de 1997, pp. 805 y 842.

<sup>430</sup> PASCUAL MEDRANO, ob. cit., pp. 113-114.



advertirles de las consecuencias jurídicas para el caso de que no hayan realizado la comunicación previa exigida por la ley y se prevea que la divulgación de la noticia supondría una intromisión en la intimidad e imagen del menor. Además, también les recuerda la posibilidad de aplicar la figura del desamparo en el caso de *una reiterada exposición pública del menor*<sup>431</sup>. Ahora bien, no resuelve la compleja cuestión de averiguar si el menor tiene o no suficiente madurez, quizás porque realmente no existen soluciones generales.

Por todo lo anterior, y en línea similar a DE LAMA AYMÁ<sup>432</sup> opino, que la intervención del MF debe ir dirigida a garantizar que no haya una vulneración en el libre desarrollo de la personalidad del menor o cualquiera de sus derechos fundamentales, pero no a restringir la capacidad natural del menor si es suficiente. En consecuencia, si el menor no tiene suficiente madurez, serán sus representantes legales quienes ejerzan su derecho a la intimidad y a la imagen pero para ello será precisa la intervención del MF a priori. Y si firman un contrato sin realizar la notificación previa al MF será un contrato nulo, al igual que cuando el contrato se haya firmado pese a la oposición del MF y el Juez. Aunque podría darse el caso de no notificar al MF el contrato y haberse cumplido ya, también aquí el contrato es nulo por lo que se debería devolver lo entregado y no cumplir las prestaciones derivadas del mismo, pues en tal supuesto, se habría producido una intromisión ilegítima vulnerando el derecho a la intimidad e imagen, tal como se planteó en la SAP de Madrid de 19 de marzo de 1999<sup>433</sup>.

---

<sup>431</sup> "No puede limitarse la actuación del fiscal 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". Instrucción de la Fiscalía General del Estado, p. 13.

<sup>432</sup> DE LAMA AYMÁ, ob. cit., pp. 176-177.

<sup>433</sup> En esta sentencia se juzgaba el caso de una madre que denunció la venta de menores para la adopción en un programa de televisión. En la entrevista aparecía la madre con su hija menor de edad sin que se hubiera notificado tal circunstancia al MF, dicha noticia que sí era de interés público no aporta información alguna la aparición de la menor en el programa, además de ser contrario a su interés, fallando por tanto, la sentencia que la menor debía ser indemnizada y dedicarse la cantidad recibida a su formación y educación.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

En último lugar, la expresión *la intromisión será ilegítima pese al consentimiento cuando sea contraria a la honra o reputación del menor o menoscabe su interés* nos lleva a limitar la posibilidad de llevar a cabo actos de disposición del derecho al honor por el menor o su representación legal (permitida de forma expresa por la LO 1/8). Es decir, no cabe el ejercicio por el menor o la representación legal del derecho al honor por ser contraria al derecho mismo y al interés del menor. Por lo tanto, a diferencia del derecho a la intimidad y la imagen, este apartado se refiere expresamente al menoscabo del honor como supuesto de intromisión ilegítima no justificable a través del consentimiento del menor o de los representantes legales por lo que debe entenderse que cualquier acto de disposición del honor del menor es ilegítimo<sup>434</sup>.

Tal indisposición es objeto de estudio pormenorizado por la doctrina. A este respecto, DE LAMA AYMÁ<sup>435</sup> manifiesta que no es casual que el citado apartado haga referencia expresa a la vulneración del honor como supuesto de irrelevancia del consentimiento pues de alguna forma el legislador confirma la idea de que las intromisiones en el honor son siempre perjudiciales. Explica que aunque la regla general es que el menor puede prestar por sí mismo el consentimiento en actos relativos a sus derechos de la personalidad cuando tenga madurez suficiente, quebrará cuando el acto para el cual se presta el consentimiento por el menor de edad es contrario a su honor o sus bienes jurídicos de la personalidad. En relación a sus representantes legales, también avala su exclusión en base a que su disposición es contraria a los principios que rigen la patria potestad y la tutela, cuales son la búsqueda del beneficio del menor y el respeto al libre desarrollo de su personalidad. Por lo que, consentir intromisiones en el citado derecho supone un menoscabo del libre desarrollo de la personalidad del menor y los derechos fundamentales. Ahora bien, considera compatible la regla del art. 3.2 LOPDH con la del art. 4.3 LOPJM si se

---

<sup>434</sup>CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 1839, critica dicho precepto por no especificar cuándo ha de entenderse que el consentimiento no es posible, según la tesis mantenida por DE LAMA AYMÁ, ob. cit., p. 265, en relación al honor del menor nunca es posible el consentimiento de los representantes legales porque siempre es contrario al interés del menores en la medida en que disminuye la consideración social del menor y sobre todo, su autoestima.

<sup>435</sup> DE LAMA AYMÁ, ob. cit., pp. 274-276.

interpreta de la siguiente manera: el art. 3.2 establece la necesaria notificación o comunicación al MF del consentimiento sobre el derecho al honor del menor que pretendan prestar sus representantes legales siendo *conditio iuris*. De tal forma, que el consentimiento no será válido si el MF se opone a la disposición del derecho, por ello la letra del citado precepto no nos debe llevar a concluir que los representantes legales puedan consentir intromisiones en el derecho al honor del menor, pues aunque formalmente es posible, nunca se aplicaría en la práctica pues la consecuencia del seguimiento del procedimiento establecido será siempre la oposición del MF a la disposición del derecho al honor del menor de edad. Igualmente, DE COSSÍO<sup>436</sup> coincide en que el negocio jurídico de autorización a la intromisión ilegítima al honor podría ser contrario a la ley, a la moral y al orden público de conformidad con los arts. 1255 y 1271 CC. A su vez, HERAS HERNÁNDEZ<sup>437</sup> llega a igual fin pero en base a otros argumentos: en primer lugar porque el derecho al honor carece de contenido patrimonial, por lo tanto no puede ser objeto de tráfico jurídico<sup>438</sup>. En segundo lugar, porque el reconocimiento de la capacidad de un menor para autorizar intromisiones ilegítimas, en general, plantea serias dudas en cuanto a si este consentimiento se presta de manera libre, consciente, habida cuenta de que su disponibilidad puede acarrear consecuencias difícilmente evaluables. Pero además, la posibilidad de autorizar dichas intromisiones ilegítimas se encuentra claramente relativizada, e incluso debilitada cuando resulta contraria a sus propios intereses (art. 9.3 LOPJM), lo que sucede en todos los casos. Esta autora, no logra imaginar un solo supuesto en que la autorización de la divulgación de las manifestaciones difamatorias las cuales vulneran su dignidad como persona, puedan repercutir en su beneficio ya que la dignidad es un valor supremo “base primaria de su personalidad”<sup>439</sup> y por tanto,

---

<sup>436</sup> DE COSSÍO, ob. cit., p. 63, dice que “...el fenómeno de la patrimonialización podría no ser aplicable al derecho al honor, en cuanto es un valor de mayor rango que los demás y además, porque dichas renunciaciones, mediante el negocio de autorización, podrían suponer, en cuanto afectaren al honor, actos o negocios jurídicos contrarios a la ley, al orden público o a la moral, en contradicción con lo dispuesto en los artículos 1255 y 1271 CC, y vulnerarían el principio constitucional de dignidad de la persona”.

<sup>437</sup> HERAS HERNÁNDEZ M. M., “La protección jurídica del derecho al honor de los menores en Internet”, en *Los derechos de la personalidad de las normas y las Nuevas Tecnologías*, (Dir. E. JORDÁ CAPITÁN y V. DE PRIEGO FERNÁNDEZ) EL Derecho, 2012, p. 15.

<sup>438</sup> O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Derecho al honor”, *AC*, 1/1990, pp. 3 y ss.

<sup>439</sup> DE COSSÍO, ob. cit., p. 59.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

absolutamente inquebrantable. Y en igual línea, que otros autores<sup>440</sup>, justifica la aparente consideración del honor como objeto de disposición, en el grave error cometido por el legislador de regular unitariamente el honor, la intimidad e imagen, sin distinción alguna entre ellos. Debiendo considerar por tanto, que cuando el art. 1.3 LOPDH declara la nulidad de la renuncia a la protección se está refiriendo al derecho al honor, y que los actos de disposición llevados a cabo mediante la autorización expresa del titular del derecho (art. 2.2 LOPDH) se encuentran referidos exclusivamente a la intimidad personal y al derecho a la propia imagen si no es contrario al interés del menor, pero nunca respecto del derecho al honor<sup>441</sup>. Y por último, porque si el acto de disposición es llevado a cabo por los representantes legales del menor y es contrario a su propio interés (art. 4.3 LOPJM en su inciso final), podría incluso suponer un inadecuado ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o de la tutela (art. 154 y 216 CC) y con ello, la vulneración de la obligación establecida en el art. 4.5 LOPJM, al declarar que los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques provenientes de terceros.

Por su parte, CONDE-PUMPIDO FERREIRO<sup>442</sup> se centra en estudiar la responsabilidad que aparece para el caso de disponer del derecho al honor del menor y considera responsables a los representantes legales, a los terceros que se hayan beneficiado de la intromisión en su honor e incluso al MF. Pudiendo ser los primeros privados de la patria potestad o del cargo de tutor y debiendo indemnizarle

---

<sup>440</sup> ROMERO COLOMA, A.M., *Los derechos al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión e información. Problemática procesal*, Barcelona, 1991, p. 122 y ESTRADA ALONSO, ob. cit., p. 89, DE LAMA AYMÁ, ob. cit., p. 266.

<sup>441</sup> Así lo entiende YZQUIERDO TOLSADA, M., *Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)*, *Tratado de Responsabilidad civil*, (Coord. Regero Campos), 2ª ed., Aranzadi, 2003, pp. 1220-1221. Comparto lo que dice el autor cuando manifiesta lo siguiente "Pero lo que no cabe es un negocio dispositivo sobre el honor o dignidad personal por el que su titular autoriza a otro a ser deshonrado" (...) Semejante pacto no soportaría la criba del art. 10 de la Constitución. Y LÓPEZ DÍAZ E., *El Derecho al honor y el Derecho a la intimidad*, Dykinson, 1996, p. 59 mantiene que "...esta abdicación que puede resultar comprensible en los derechos a la intimidad y propia imagen resulta inconcebible con relación al derecho al honor (...) Pero el derecho al honor no puede ser objeto de desprendimientos parciales, el honor se tiene o no se tiene y si se dispone de él, probablemente, no se vuelve a recuperar jamás".

<sup>442</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, ob. cit., pp. 983-985.

(representantes legales o terceros) por los perjuicios causados. En cambio, DE LAMA AYMÁ<sup>443</sup> ahonda más en la responsabilidad del MF y entiende que sólo podrá ser considerado responsable si la intromisión en el honor se ha producido sin notificación al MF pero ha tenido conocimiento con posterioridad y no ha intervenido como le obliga el art. 4.2; o cuando habiéndose producido la notificación previa el MF no se hubiera opuesto a ella, con la consiguiente negligencia conforme a sus deberes. La ausencia de tal notificación supone la nulidad del acto dispositivo<sup>444</sup>. Incluso SANTOS MORÓN<sup>445</sup>, plantea las consecuencias negativas que pueden surgir sobre el honor y no previsibles a priori al prestar el consentimiento a una intromisión en la intimidad o imagen. Pues entiende que, habiéndose notificado el consentimiento al MF y éste no se hubiera opuesto, se estaría ante una intromisión ilegítima por aplicación del art. 4.3 aunque formalmente se hubiera cumplido el trámite previsto en el art. 3.2 y ello, con las posibles responsabilidades que se pudieran deducir.

De acuerdo con lo mencionado, en el ámbito del derecho del menor, se deduce que no se puede llevar a cabo actos de disposición del derecho al honor, careciendo de facultad la representación legal de consentir intromisiones en el honor del menor por cuanto son éstas esencialmente contrarias a su interés<sup>446</sup>. Es obvio que surge un problema de interpretación entre los arts. 3. 1 y 2 LOPDH y 4.3 LOPJM que, a mi parecer, solo puede resolverse integrando la primera en la segunda ley y en lo que

---

<sup>443</sup> DELAMA AYMÁ, ob. cit., p. 271.

<sup>444</sup> ESTRADA ALONSO, ob. cit., pp. 94-95, CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 1839, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, ob. cit., p. 984, FOLGUERA CRESPO, J., "Protección del menor y libertad de información", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 1993, nº127, p. 3 y CREVILLÉN SÁNCHEZ, ob. cit., p. 45. Sin embargo, en la Instrucción 2/1993, de 15 de marzo de la Fiscalía General del Estado se hablaba de anulabilidad del acto y no de nulidad.

<sup>445</sup> SANTOS MORÓN, ob. cit., p. 194.

<sup>446</sup> ESTRADA ALONSO, ob. cit., p. 89 y ss.; SANTOS MORÓN, ob. cit., p. 191, opina que la posibilidad de prestar el consentimiento por los representantes legales no puede aceptarse en el caso del derecho al honor del menor y el incapacitado. Más radical es la opinión de LÓPEZ FRÍAS, M. J., "El ejercicio de los derechos personalísimos de los enfermos psíquicos", *Revista de Derecho Privado*, 1999, abril, p. 304, donde afirma que los representantes legales del menor o incapacitado no pueden prestar el consentimiento ni en el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen "porque una agresión en estos derechos de la persona nunca podría ser beneficiosa para el pupilo, de forma que no tendría aquella intervención ninguna justificación". Si bien es cierto que atendiendo a lo establecido en el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 el criterio para desestimar la disposición del derecho por los representantes es la vulneración del interés del menor, nos parece que, si bien en el derecho al honor esa vulneración es inherente a la intromisión, no puede decirse lo mismo del derecho a la intimidad ni mucho menos del derecho a la imagen.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

sean incompatibles deberá primar la segunda por ser una ley orgánica posterior y referida únicamente al menor, de tal modo, que aunque la regla general recogida en el art. 3 es la de consentir actos de disposición que conlleven intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, prima conforme al art. 4.3 la regla específica de la indisponibilidad del derecho al honor del menor.

### **2.3.4. Intervención del Ministerio Fiscal en los casos de intromisión ilegítima. Especial consideración de la Instrucción 2/2006 sobre el Fiscal y la protección de los Derechos al honor, intimidad y propia imagen**

El art. 4.2 determina la necesaria intervención del MF para el caso de que se produzca una intromisión ilegítima, por ello dice 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 MF, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados”*.

Surgen distintas posturas doctrinales que pretende clarificar qué sentido tiene el citado apartado, pues no debemos olvidar, que tanto el tercero como éste son el quid de la cuestión del mencionado precepto. Por una parte, GULLÓN BALLESTEROS<sup>447</sup> o RIVERA FERNÁNDEZ<sup>448</sup> plantean que estamos ante una nueva reiteración de lo ya recogido en el art. 7 de la LO 1/82, cuya finalidad es reforzar los mecanismos de garantía de dichos derechos complementando los ya existentes en relación al menor. En cambio, SANTOS MORÓN<sup>449</sup> le reconoce su especialidad en los menores de edad, pues si la libertad de información de los medios de información es preferente, cabe la posibilidad de calificarse como intromisión ilegítima cuando se

---

<sup>447</sup> GULLÓN BALLESTEROS, ob. cit., p. 3.

<sup>448</sup> RIVERA FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 6506.

<sup>449</sup> SANTOS MORÓN, M. J., *A propósito de la STS de 26 de marzo de 2003: Menores y medios de Comunicación. El art. 4 LO 1/96 de protección jurídica del menor*, en libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, II, Colegio de Registradores, Madrid, 2004, pp. 4663-4664.

refiere exclusivamente a información -relativa a un menor de edad- que por considerarse veraz y de interés público, permite prescindir del consentimiento del afectado. Para ello, se detiene en analizar la delimitación de la intromisión ilegítima y considera que existe: -cuando la información divulgada y relativa al menor que ha sido identificado por medio de su imagen o su nombre es excesiva (en el sentido de innecesaria para la finalidad perseguida) y referente a aspectos íntimos o privados que en rigor no puedan considerarse de relevancia pública, como es el caso de la SAP de Madrid, 10 de noviembre de 1998<sup>450</sup>. -Si la naturaleza de los hechos divulgados (como puede ser cuando el menor ha cometido un delito o se encuentra inmerso en una red dedicada al ejercicio de la prostitución) determinan un menoscabo para la *honra o reputación* del menor, el comportamiento indicado estará teñido de ilicitud toda vez que se le identifica (mediante su imagen o su nombre) involucrado en tales hechos. -Y cuando la difusión de información relativa a un menor que es identificado por su imagen o su nombre, pueda ocasionarle algún perjuicio (por ejemplo el menor se convierte en pasto de la curiosidad pública, resulta psicológicamente afectado por el hecho de que los terceros conozcan que ha sido víctima de abusos o malos tratos por parte de sus padres o familiares, etc.). Y PANTOJA GARCÍA<sup>451</sup>, se decanta por profundizar más en saber cuáles son los intereses del menor a los que pueda afectar la intromisión en su intimidad, honor o reputación, quien los determina y cuando se dan. De tal manera, que para saber si la intromisión en el derecho fundamental es o no contraria a sus intereses, tiene en cuenta el caso concreto del menor, su educación, su formación integral, su sustento material, el derecho a estar en compañía de sus padres, en definitiva el conjunto de derechos recogidos en las Convenciones Internacionales como la de los Derechos del Niño, cuya última referencia al menor y a su contexto familiar y social, permitirá integrar el concepto difuso de su interés en una única realidad.

---

<sup>450</sup> Ar. Civil nº 2254, El MF ejerció una acción de protección de los derechos a la intimidad y a la imagen de un menor abandonado en un centro hospitalario del que se tomaron imágenes y facilitaron datos sobre su estado de salud en el programa "*Misterios sin resolver*".

<sup>451</sup> PANTOJA GARCÍA, ob. cit., p. 12.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

No obstante lo anterior, otra parte de la doctrina y que a mi parecer es la especialidad del presente apartado, se ha detenido en hacer un análisis más riguroso de la intervención del MF al convertirse ésta en regla general, y en este tenor cabe citar a GULLÓN BALLESTEROS<sup>452</sup>, O'CALLAGHAN<sup>453</sup> y CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ<sup>454</sup>. Es decir, la legitimación activa del MF pasa a tener carácter principal concurrente e indistinto del que corresponde a sus representantes legales, y no subsidiario, para ejercitar las acciones de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen del menor. Con ello, se muestra una clara preferencia por la tutela pública de estos derechos, con la consiguiente desvalorización de la legitimación activa de los representantes legales del menor. Pues entienden, que este apartado dos (a diferencia de la LOPDH en el que el MF intervenía con carácter excepcional) concede legitimación activa al MF y le imponen el deber de intervenir interponiendo la correspondiente acción de protección del derecho lesionado en caso de intromisión ilegítima en los derechos al honor, intimidad e imagen del menor cometida a través de un medio de comunicación e instar las medidas cautelares que prevé el art. 9.2 de la LO 1/82. Como complemento de lo anterior, añade O'CALLAGHAN que la legitimación activa del MF surge como respuesta al daño que para el desarrollo personal y la integración social de los menores de edad puede tener la difusión de información sobre delitos, escándalos, corrupciones u otras escabrosidades relativas a los mismos a través de los medios de comunicación. Con ello, se quiere evitar mención o identificación del menor en el texto escrito o en las fotografías que perjudica su honor (*honra o reputación*), intimidad o imagen y para ello obliga al MF a ejercitar la acción de protección de sus derechos al honor, intimidad o imagen. En definitiva, lo que quiere el legislador es que la protección sea de los poderes públicos. En igual tesitura, DE LA ROSA CORTINA<sup>455</sup> también estima necesaria la legitimación activa del MF en relación con los medios de comunicación cuando se atente a los derechos al honor, a la

---

<sup>452</sup> GULLÓN BALLESTEROS, ob. cit., p. 3.

<sup>453</sup> O'CALLAGHAN, ob. cit., p. 6.

<sup>454</sup> CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 138.

<sup>455</sup> DE LA ROSA CORTINA, J. M., "El derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores. Perspectivas en derecho civil, penal y en reforma de menores", *RPJ*, nº 72, 2003, p. 29.



intimidad o a la propia imagen, careciendo de eficacia el consentimiento que pueda dar el mismo menor o sus representantes legales. Y esta posición, es la que finalmente se ha consagrado en nuestros Tribunales siendo ilustrativa en este sentido la SAP Valencia, 1 de marzo de 2003<sup>456</sup>.

En cambio, GARCÍA GARNICA<sup>457</sup> matiza lo anterior y limita la legitimación activa del MF solo para el caso de intromisiones no consentidas, cuando el consentimiento adolezca de algún vicio que lo invalide o cuando atendiendo su objeto no alcance a legitimar todas las consecuencias de la intromisión finalmente producida. En cualquier caso, para PASCUAL MEDRANO<sup>458</sup> la intervención del MF no genera problema alguno en la práctica habitual, pues ni los fiscales actúan al margen de los padres o tutores, ni a pesar de hallarse todos legitimados, se evitan situaciones de clara desprotección del menor, aparte de que en algún caso los intereses que defienden uno y otros pueden ser diferentes.

También DE LAMA AYMÁ<sup>459</sup> aborda la intervención del MF, pero comparando las diferencias existentes entre el art. 3.2 LOPDH y el 4.2 LOPJM. Y si bien el MF intervendrá en ambos casos, en el primero, es requisito *sine qua non* para la validez del contrato que se haya notificado al MF y éste no se haya opuesto. Mientras que en el segundo, sólo intervendrá aunque de oficio, cuando considere que ha existido una intromisión ilegítima o contraria al interés del menor. Por tanto, concluye que en el primer caso, el MF intervendrá *a priori* y siempre porque la notificación es requisito de validez del contrato, mientras que en el segundo, intervendrá de oficio, a posteriori y sólo en determinados casos.

---

<sup>456</sup> En ella se discutía la legitimación activa del MF para accionar en defensa del honor, la imagen y la intimidad de seis hermanos menores de edad, a través de la difusión de una fotografía de los mismos y de la entrevista realizada a su madre en un conocido programa de televisión, bajo el argumento de que tal legitimación a lo sumo podría proceder en relación a uno de ellos, ya que- según la productora de televisión demandada- era el único que se encontraba en situación de desamparo en el momento en que acaecieron los hechos . Frente a lo cual la Sala señala no sólo que eran cinco los menores declarados en aquel entonces en situación de desamparo, sino que además el artículo 4 de la LO 1/1996 legitima al MF para el ejercicio de esta acción siempre que las personas afectadas sean menores de edad, aun cuando no se encuentren en situación de desamparo, FJ 5º.

<sup>457</sup> GARCÍA GARNICA, ob. cit., pp. 214-215.

<sup>458</sup> PASCUAL MEDRANO, ob. cit., p. 113.

<sup>459</sup> DE LAMA AYMÁ, ob. cit., p. 173.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

Conforme a la presente ley, estoy de acuerdo con la postura mayoritaria de la doctrina y de nuestros Tribunales, que en relación con los medios de comunicación, cuando se atente a los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen, debe prevalecer como regla general la legitimación activa del MF siempre, ya que la protección de los derechos de la personalidad es una cuestión de orden público. Ahora bien, sería más beneficioso para el menor que el MF interviniera solo cuando no existan o se encuentren imposibilitados para accionar los representantes legales, o bien cuando mantengan infundadamente una actitud pasiva e, incluso, cuando surja conflicto de intereses entre el menor y sus representantes legales, ya que normalmente la actuación de los representantes legales será más ponderada que la oficial, la cual estará más atenta al cumplimiento estricto de la ley que a las necesidades del caso concreto.

Finalmente, O'CALLAGHAN<sup>460</sup> critica la expresión del citado apartado que recoge *las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley*. Y ello, por no determinar a qué ley se refieren, es decir, no saber si es que estamos ante una expresión del lenguaje usual o si estamos ante la propia LOPDH en la que se recogen en su art. 9.2 las medidas cautelares y de protección que el Juez pueda adoptar. Pues como bien nos recuerda, las medidas de la LOPJM tan solo se prevén en una situación de *desprotección* del menor, o sea, abandono del cuidado y formación, pero no para un hecho puntual como puede ser la aparición de una fotografía o nombre de un menor en un periódico. Por el contrario, para FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL<sup>461</sup> la expresión *la necesidad de solicitar éstas medidas cautelares por parte del MF* clarifica la necesidad de adoptar medidas cautelares por el MF en los medios de comunicación como son el cese de la intromisión ilegítima, el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados que se presumirán siempre que se acredite la intromisión ilegítima. Por mi parte, las medidas

---

<sup>460</sup> O' CALLAGHAN, ob. cit., p. 6.

<sup>461</sup> FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, ob. cit., p. 9.

cautelares que el Fiscal adopte deberán combinarse y complementarse en lo no previsto en el art. 4.2 LOPJM con los arts. 7 y 9.2 LOPDH.

Pero como consecuencia de las obvias divergencias expuestas en ambas leyes en cuanto a la madurez del menor y con el fin promover la autonomía del menor y garantizar la protección de los derechos de la personalidad de los menores surge la INSTRUCCIÓN 2/2006, sobre el Fiscal y la protección de los derechos al honor, intimidad y propia imagen para dar cumplimiento efectivo a lo previsto en la LOPDH y la LOPJM.

En ella, se establecen unas directrices con la clara intención de evitar que la impugnación de actos por parte del MF no suponga una restricción de los derechos de los menores a decidir por sí mismos cuando tienen la madurez suficiente, ni de sus progenitores y representantes legales cuando están decidiendo con rigor y en beneficio de aquellos acerca de estos actos de disposición. En este sentido, DE VERDA Y BEAMONTE y SORIANO MARTÍNEZ<sup>462</sup> consideran que se trata de evitar los posibles efectos perversos de una norma esencialmente tuitiva pero que, mal entendida, puede llegar a funcionar como represiva de la capacidad de los menores y de quien legalmente les representen.

Los criterios generales recogidos en su apartado 6 del punto 14, diferencian dos situaciones reguladas por la LO 1/82 y obviadas por la LO 1/96: El consentimiento que presta el propio menor cuando considera que tiene capacidad suficiente para ello y el consentimiento ya prestado (o proyectado) por los padres, tutores o representantes legales. Por consiguiente, distingue dos tipos de menores, el *menor maduro* y el *menor no maduro*, pese a la dificultad real que en la práctica supone acotar cada uno de estos términos.

---

<sup>462</sup> DE VERDA Y BEAMONTE y SORIANO MARTÍNEZ. ob. cit., p. 133.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

En el primer caso, *menor maduro o presumiblemente maduro*, la labor de los Fiscales es poner en tela de juicio la madurez y racionalidad suficiente de los menores para poder decidir acerca de estas cuestiones. Es decir, deben entrar a valorar la capacidad misma del menor para regirse. Y para ello, se establece como premisa que antes de demandar, el menor sea oído en todo caso por el MF. De modo que únicamente después de este examen y cuando resulte evidente la falta de madurez del menor o el grave daño que para su persona representa el acto consentido, sólo entonces podrá presentar la demanda el Fiscal. Con ello, hace suya la jurisprudencia del TC, que ha reiterado en múltiples ocasiones la necesidad de que el menor que cuenta con suficiente juicio o madurez sea oído antes de que se resuelvan cuestiones que les afectan como así lo recogen las SSTC 221/2002, de 25 de noviembre<sup>463</sup> y 152/2005, de 6 de junio<sup>464</sup> apoyadas en la regulación de los arts. 154 y 92 CC. De tal manera, que la opinión del menor deberá pesar más cuánto más se aproxime éste a las condiciones de madurez o la capacidad de juicio al que la ley se refiere. Circunstancia que ya había sido analizada por la doctrina y la jurisprudencia con anterioridad. A los niños de 5 o 6 años por su corta edad, se les debe presumir su falta de capacidad mientras que los que están próximos a la mayor edad, podrían a priori ser considerados perfectamente capaces para realizar numerosos actos de disposición. En cualquier caso, importa destacar el derecho que el menor tiene a ser oído, entendido este cauce no como un mero formalismo de la ley, sino como la expresión de la voluntad real del menor que, a menudo, puede ser inducido o condicionado por su entorno familiar para realizar algunos de estos actos. De ahí, que MACÍAS CASTILLO<sup>465</sup> nos recuerde que la comentada Instrucción no puede prescindirse por completo de la voluntad de los menores maduros para desarrollar el contenido de los derechos de la personalidad.

---

<sup>463</sup> La Ley 178/2003.

<sup>464</sup> La Ley 127662/2005.

<sup>465</sup> MACÍAS CASTILLO, ob. cit., p. 1.

En lo que respecta al segundo caso, es decir cuando *un menor no es maduro* habrá de atenderse, en primer lugar, al hecho de que los padres o representantes hayan o no prestado el debido consentimiento en su nombre, con observancia de los preceptos propios de la patria potestad que a esta cuestión se refieren (arts. 154 y 162.1 CC). Para ponderar debidamente el criterio de los padres a la hora de autorizar actos de disposición establece una serie de elementos a tener en cuenta: que estén privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad; que estén imposibilitados por cualquier causa para accionar, lo que lógicamente reforzaría la obligación de que el MF lo hiciese; que los padres o representantes legales mantengan un conflicto de intereses con los hijos o representados o, en último término, estemos en presencia de progenitores que vienen adoptando una actitud de inhibición o pasividad en lo que al cuidado de sus hijos y preocupación por sus cuestiones se refiere. En el extremo de esta clasificación figurada, se encontrarían aquellos menores que están en situación de desamparo o son inadecuadamente tratados por sus progenitores, así como aquellos otros que carecen de representantes legales. En tales supuestos, la intervención del MF adquiere si cabe todavía más importancia. Sin embargo, en el otro lado, se hallarían aquellas situaciones en las que los padres o representantes están en pleno uso de las facultades inherentes a la patria potestad y las ejercen con responsabilidad, casos en los que, la reiterada Instrucción, mantiene que la intervención de los Fiscales tendrá que ser excepcional y estar justificada en una *cualificada intensidad lesiva de la intromisión*. De este modo, su intervención se configura como un segundo control o filtro aplicable cuando el primer sistema ha fallado, esto es, cuando resulta notorio que la prestación del consentimiento en nombre del menor se ha realizado con desprecio del superior interés del menor.

Comparto con MACÍAS CASTILLO<sup>466</sup> la positividad de la citada Instrucción de cara a una efectiva aplicación tanto de la LOPDH como de la LOPJM y especialmente de la segunda. Pues, por una parte se acentúa la necesidad de que el MF actúe ante situaciones de abandono, desamparo o desprotección de los menores, y el ejercicio

---

<sup>466</sup> MACÍAS CASTILLO, ob. cit., p. 12.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

irresponsable de la patria potestad o de las instituciones de guarda y custodia de menores. Por otra, se establece la máxima prudencia cuando no existe desamparo o desprotección aparente, por lo que se presume que los progenitores o representantes legales del menor desempeñan con normalidad las facultades inherentes a la patria potestad o a la tutela, razón por la cual la demanda incoada por los Fiscales tendrá carácter extraordinario.

### **2.3.5. La legitimación del fiscal, de padres o tutores y de los poderes públicos para proteger al menor**

El art. 4.4 reza que *“Sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, corresponde en todo caso al MF su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física jurídica o entidad pública”*.

Con ello, la primera cuestión que ha surgido para una parte de la doctrina es saber la naturaleza de esa la legitimación del MF es decir ¿es cumulativa o subsidiaria? O'CALLAGHAN<sup>467</sup> y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL la califican en todo caso cumulativa, y no subsidiaria. Para ello, se apoya en que la legitimación que se concede en el art. 4.4 al MF, la puede ejercitar de oficio, o a instancia del propio menor y de cualquier interesado, sea persona física o jurídica o entidad pública. En igual sentido, RIVERA FERNÁNDEZ<sup>468</sup> considera que la protección del menor debe recaer en los poderes públicos. Para DE LAMA AYMÁ<sup>469</sup>, la actuación simultánea de los representantes legales y el MF supone una doble protección del menor. Los representantes legales del menor y el MF concurren en la actividad protectora de los bienes jurídicos de la personalidad y ello no debe rechazarse pues hay que abandonar la idea de que la familia es un ámbito privado exento de injerencias estatales. El interés del menor es una cuestión de orden público y como tal vendrá garantizada por

---

<sup>467</sup> O' CALLAGHAN, ob. cit., p. 5.

<sup>468</sup> RIVERA FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 6504.

<sup>469</sup> DE LAMA AYMÁ, ob. cit., p. 173.

los padres o el tutor que tiene asignada esa potestad pero también por el MF y la autoridad judicial. A sensu contrario, GULLÓN BALLESTEROS<sup>470</sup> critica tal concurrencia de legitimaciones al entender que deberían de haberse articulado de modo subsidiario. Es decir, el MF actuará cuando no existen representantes legales o no ejercitan la acción infundadamente. Con ello, se hubiera evitado el desplazamiento de la autoridad paterna o del tutor que puedan juzgar que es en algunos casos mucho más peligroso para la vida futura del menor entablar un proceso que la propia intromisión ilegítima.

En segundo lugar, otra cuestión que se plantea para otra parte de la doctrina es ¿cómo es esa legitimación específica que se reconoce al MF? ALONSO PÉREZ<sup>471</sup> se inclina por pensar que a pesar de parecer que el MF es el ejerciente preferido de las acciones defensoras, es una legitimación más, por mandato de su LEOMF, al lado de la de los representantes legales o en sustitución de éstos, y ello sin perjuicio de situaciones específicas en las que el MF es el genuino legitimado. Y en la misma línea, PANTOJA GARCÍA<sup>472</sup> argumenta que el MF puede actuar en defensa de estos derechos, tanto de modo preventivo como instando la reparación del perjuicio causado, salvando la inactividad de los padres o tutores o actuando incluso contra éstos cuando sean agentes productores de la vulneración del derecho. De entre las obligaciones que las leyes encomiendan al MF, la recogida en el art. 3.7 LEOMF encarga a esta representación pública la defensa en juicio y fuera de él de los menores de edad civil que no pueden actuar por sí mismos por carecer de capacidad de obrar o en ausencia de esta actuación por su representación legal. El alcance de este mandato legal se extiende a aquellos en que la representación legal del menor, padres o tutores, no accionan en protección de los derechos del menor, bien por tener intereses contrapuestos o bien porque se produce una situación de falta de actividad en defensa de los derechos de los menores debido a otras circunstancias que, en definitiva, ponen en peligro esos derechos.

---

<sup>470</sup> GULLÓN BALLESTEROS, ob. cit., p. 3.

<sup>471</sup> ALONSO PÉREZ, ob. cit., p. 18.

<sup>472</sup> PANTOJA GARCÍA, ob. cit., p. 16.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

Finalmente, la doctrina se cuestiona acerca de cuáles son los motivos que han llevado al legislador a reconocer esa doble legitimación. En ese sentido, LEAL PÉREZ-OLAGUE<sup>473</sup> entiende que son para reforzar la protección de estos derechos del menor en los medios de comunicación y encomendar tal protección al MF, ya que en estas situaciones, la aparición del menor en los medios algunas veces es promovida y consentida por sus propios representantes atraídos por la resonancia pública y los efectos económicos que ello puede tener. Si bien, la legitimación activa para el ejercicio de las acciones corresponde al propio interesado que ha sufrido la intromisión ilegítima. Al tratarse de un menor, éste carece de capacidad procesal y la legitimación corresponde en todo caso, a su representante legal (titulares de la patria potestad o tutor). Añade GARCÍA MÁS<sup>474</sup>, que el legislador preocupado por los ataques que desde todos los puntos pueden venir al menor, ha querido especificar, facilitar y controlar, aún en mayor medida, esta protección, facilitando el ejercicio de las acciones correspondientes, contra las personas que los infrinjan. Por su parte, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL<sup>475</sup> hace hincapié en la intención de la LOPJM de ir más allá al permitir la intervención de un tercero, además de los representantes legales y el MF, que incluso puede intervenir en contra de la voluntad expresada por el propio menor o sus representantes legales.

Mi postura, en cuanto a la legitimación activa del MF es que debe ser cumulativa y concebirse como una legitimación más en línea con la LEOMF, pues considero que son perfectamente compatibles tanto la legitimación activa del MF como la de sus representantes legales y todo ello por ser el interés del menor una cuestión de orden público y porque su protección deba ser garantizada no solo por los padres o tutores sino también por el MF y la autoridad judicial. Por lo tanto, el MF no ejerce una acción de sustitución de los padres sino que se le confiere una legitimación

---

<sup>473</sup> LEAL PÉREZ-OLAGUE, ob. cit., p. 1311.

<sup>474</sup> GARCÍA MÁS, ob. cit., p. 812.

<sup>475</sup> FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, ob. cit., p. 9.



directa y autónoma para preservar la intimidad de los menores que le habilita para actuar aun cuando el menor esté representado por progenitores que ejerzan adecuadamente la patria potestad.

Por otra parte, el art. 4.5 establece que *“Los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros”*.

En cuanto a la necesidad de tal apartado o no, surgen diferentes posturas doctrinales, así ALONSO PÉREZ<sup>476</sup> critica lo recogido en el mismo y se inclina por pensar en la obviedad de la obligación impuesta pues ya venía recogida por imperativo de los preceptos 39.3 CE, 154 y 269 CC, entre otros. En cambio, O'CALLAGHAN<sup>477</sup> justifica su necesidad al poner de relieve que esta norma no se refiere explícitamente a la legitimación. Pero indirectamente, es una norma con carácter muy general, más bien con carácter de principio, que reitera la legitimación de padres o tutores y de poderes públicos (el MF directamente y cualquier entidad o poder público que excite el celo del menor) para ejercitar las acciones en protección de un menor. Por parte de NUÑEZ MUÑIZ<sup>478</sup> la lectura del apartado le lleva a otras cuestiones tales como ¿quién determina lo que se considera respetable y lo que va contra los intereses del menor? Pues cualquiera puede promover la intervención del MF para impedir la utilización del nombre o imagen del menor si considera que atenta a sus intereses y entonces. ¿Quién decide lo que es bueno a estos intereses y en función de que criterios? Imaginemos por ejemplo a una menor de dieciséis años, modelo, que hace un anuncio publicitario de ropa interior, alguien podría pensar que es inmoral, y que iría contra sus intereses que una niña de esa edad se exhiba públicamente con ropas ligeras.

De todo lo apuntado, mi opinión es que se trata de una norma con carácter de principio que reitera la legitimación de padres o tutores y de poderes públicos

---

<sup>476</sup> ALONSO PÉREZ, ob. cit., p. 19.

<sup>477</sup> O' CALLAGHAN, ob. cit., p. 6.

<sup>478</sup> NUÑEZ MUÑIZ, ob. cit., p. 1484.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

necesaria para ejercitar las acciones en protección de un menor, cuya solución a los supuestos que se planteen debe ser acorde a la ley, a los usos sociales, a las pautas de actuación del MF recogidas en la Instrucción 2/2006 y en última instancia los tribunales decidirán.

### **2.4. LA MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA PRODUCIDA POR LA LEY ORGÁNICA 8/2015, DE 22 DE JULIO Y LA LEY 26/2015, DE 28 DE JULIO**

#### **2.4.1 Aspectos generales**

La LO 8/2015, de 22 de julio y la LEY 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia (LOMSPYA y LMSPIA) surgen como consecuencia de los importantes cambios sociales producidos en la situación de los menores que demandan una mejora de los instrumentos de protección jurídica y en aras a cumplir con efectividad el art. 39 CE y las normas de carácter internacional.

Cabe destacar, que el objetivo principal de la primera ley, es introducir los cambios jurídicos procesales y sustantivos necesarios en aquellos ámbitos considerados como materia orgánica, al incidir en derechos fundamentales y libertades públicas establecidos en los arts. 14, 15, 16, 17.1, 18.2 y 24 CE. Y en lo que atañe a la segunda, llevar a cabo los cambios necesarios en la legislación española de protección a la infancia y a la adolescencia que permitan continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado y a la vez sea una referencia para las comunidades autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia. Por consiguiente, se ha llevado a cabo un importante reforma, modificando la LOPJM, el CC, la LEC, la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, la LOPJ y LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género.

#### 2.4.2. Definición del interés superior del menor

En relación a la LOMSPIA, algunos autores como DE LA IGLESIA MONJE<sup>479</sup> se han pronunciado a favor del empeño del legislador en aprobar un marco jurídico de intensa protección hacia los menores en aspectos novedosos y que afectan a grandes leyes ya sea modificando los preceptos existentes ya sea introduciendo incluso Títulos originales que integran un conjunto normativo nuevo. El reflejo de su importancia se halla en que la protección de menores se debe neutralizar y minimizar al máximo los factores de riesgo. Y en ese aspecto, afirma que es una ley garantista al tener en cuenta la protección del menor en todos los ámbitos en que éste se encuentra en situaciones de vulnerabilidad. Para MUÑOZ GARCÍA<sup>480</sup> la reforma es una modificación de gran entidad cuyo objetivo fundamental es garantizar el interés prioritario del menor con una regulación uniforme para todo el territorio en la que se regulan algunos aspectos que pretenden evitar cualquier inmisión que frustre la propia finalidad de la norma y el interés prevalente de la infancia y la adolescencia.

Ahora bien, aunque el objetivo de la citada ley es modificar en gran profundidad la LOPJM, no se produce una reforma radical. A los efectos del presente trabajo, el aspecto más relevante es *el interés superior del menor*, que si bien es un principio general del derecho ya analizado en la parte primera de este capítulo y perfectamente conocido, surge de nuevo el art. 2 como consecuencia de ser definido por primera vez con un triple contenido: consideración de derecho sustantivo, principio jurídico interpretativo fundamental y norma de procedimiento. En el cual, se

---

<sup>479</sup> DE LA IGLESIA MONJE, M. I., "Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: las garantías de una protección uniforme a los menores más vulnerables en base a su supremo interés", *Diario La Ley*, nº 8590, Sección Documento online, 24 de julio de 2015, pp. 1-4.

<sup>480</sup> MUÑOZ GARCÍA, C., "Anteproyecto de Ley de Protección de la infancia: mejorar la situación de la infancia y la adolescencia y garantizar una protección uniforme" *Diario La Ley*, nº 8342, Sección Tribuna, 27 de junio de 2014, Ref. D-214, p. 6.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

ha incorporado tanto la jurisprudencia del TS (que con decisiones importantes actuales y originales publicadas en los últimos años ha ido configurando su alcance y el entorno donde debe actuar, dejando la puerta abierta al criterio jurisprudencial en los casos no previstos en su art. 2.2), como los criterios de la Observación general nº 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

El citado precepto, sin perjuicio de los criterios establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto, parte de unos criterios generales:- la satisfacción de las necesidades básicas del menor; -la consideración de sus deseos; -sentimientos u opiniones -y la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado libre de violencia. Los cuales, habrán de ponderarse en función de determinados elementos generales, como son la edad y madurez del menor, la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, o la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten. Finalmente, hace referencia a la necesidad de respetar las garantías procesales, en particular, los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado; la intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos o la adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados. Y para el caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo.

Comparto con LÁZARO GONZÁLEZ<sup>481</sup> la afirmación de que reconocer tal concepto como derecho tiene la relevancia de permitir su exigibilidad como tal, pues en su funcionamiento como criterio interpretativo, las pautas para concretarlo no eran homogéneas y quedaban al arbitrio del juez considerar su contenido.

---

<sup>481</sup> LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., “La reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *SEPÍN*, 2015, SP/DOCT/18970, pp. 3-4.

Otra modificación a destacar es el art. 9 LOPJM, que desarrolla de forma más detallada, el derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado de acuerdo con lo establecido en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual con los criterios recogidos en la Observación nº 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado. Consecuentemente, el menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y la decisión pueda incidir en su esfera personal, familiar o social, teniéndose *debidamente en cuenta sus opiniones*, en función de su edad y madurez. Se mantiene además la presunción de que el menor tiene suficiente madurez a los 12 años cumplidos. Este precepto, es más detallado que el anterior y sustituye el término *juicio* por el de *madurez*, al considerarlo más ajustado al lenguaje jurídico y forense ya incorporado en su momento en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de Adopción Internacional.

Finalmente, con la modificación del art. 10.2 LOPJM se añade la posibilidad de facilitar a los menores el acceso a mecanismos adecuados y adaptados a sus necesidades para plantear sus quejas ante la figura del Defensor del Pueblo o instituciones autonómicas homólogas y refuerza la tutela judicial efectiva de los menores introduciendo la posibilidad de solicitar asistencia legal y nombramiento de un defensor judicial.

### **2.4.3. El deber del menor de respetar la intimidad de los demás**

Respecto a la LMSPIA, las reformas más novedosas de la LOPJM en el Título I bajo la rúbrica “De los derechos y deberes de los menores”, en primer lugar, y en relación a la concepción de las Tecnologías de la información y comunicación (TIC),

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

debe destacarse lo previsto en la nueva redacción de los apartados 1 y 3 del art. 5<sup>482</sup>, en lo relativo al derecho de los menores a la información en formato accesible, a la alfabetización digital y mediática, a unos medios de comunicación que promuevan valores y a la prevención de los riesgos derivados de estas nuevas tecnologías. Lo que conlleva que las administraciones públicas velarán porque los medios de comunicación en sus mensajes dirigidos a menores promuevan los valores adecuados de igualdad, solidaridad, diversidad y respeto a los demás y eviten imágenes de violencia o que reflejen un trato degradante o sexista o un trato discriminatorio hacia las personas con discapacidad. En segundo lugar, de introducción en el Capítulo III bajo la rúbrica “Deberes de los menores” los art. 9 bis, ter, quáter, quinquies, donde se regulan una serie de deberes a los menores en general, exigiéndoles una mayor responsabilidad en los ámbitos en los que interactúan, en concreto, en los ámbitos familiar, escolar y social en particular. Así, en el ámbito familiar, se le impone el deber de participar y corresponsabilizarse en el cuidado del hogar y en la realización de tareas domésticas de acuerdo con su edad y con independencia de su género. En el ámbito escolar, se impone el deber de estudiar durante el periodo obligatorio y respetar a los profesores, otros empleados y compañeros. Y en el ámbito social,

---

<sup>482</sup> Art. 5 “1. Los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo. Se prestará especial atención a la alfabetización digital y mediática, de forma adaptada a cada etapa evolutiva, que permita a los menores actuar en línea con seguridad y responsabilidad y, en particular, identificar situaciones de riesgo derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación así como las herramientas y estrategias para afrontar dichos riesgos y protegerse de ellos.... 3. Las Administraciones Públicas incentivarán 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 y sobre la defensa de los derechos de propiedad intelectual. En particular, velarán porque los medios de comunicación en sus mensajes dirigidos a menores promuevan los valores de igualdad, solidaridad, diversidad y respeto a los demás, eviten imágenes de violencia, explotación en las relaciones interpersonales, o que reflejen un trato degradante o sexista, o un trato discriminatorio hacia las personas con discapacidad. En el ámbito de la autorregulación, las autoridades y organismos competentes impulsarán entre los medios de comunicación, la generación y supervisión del cumplimiento de códigos de conducta destinados a salvaguardar la promoción de los valores anteriormente descritos, limitando el acceso a imágenes y contenidos digitales lesivos para los menores, a tenor de lo contemplado en los códigos de autorregulación de contenidos aprobados. Se garantizará la accesibilidad, con los ajustes razonables precisos, de dichos materiales y servicios, incluidos los de tipo tecnológico, para los menores con discapacidad. Los poderes públicos y los prestadores fomentarán el disfrute pleno de la comunicación audiovisual para los menores con discapacidad y el uso de buenas prácticas que evite cualquier discriminación o repercusión negativa hacia dichas personas”.

respecto a este trabajo, y la utilización de las nuevas tecnologías, se les impone el deber de respetar la intimidad, dignidad e integridad de otras personas, de las instalaciones y equipamientos públicos o privados así como respetar el medio ambiente. Es decir, a mi juicio, y por primera vez, se regula la intimidad desde el prisma del deber para el menor “*de respetar la intimidad de otras personas*”, incluyendo en esas otras personas también a la familia. Finalmente, se consagra en el art. 11.2.i como una obligación de los poderes públicos evitar los riesgos que puede generar un uso indebido de las nuevas tecnologías considerando la protección contra toda forma de violencia como principio rector y traducándose en actuaciones encaminadas a la sensibilización, prevención, detección, notificación, asistencia y protección tal y como se recoge en el art. 11.3.

## **2.5 CONFLICTO DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN DEL MENOR CON LOS DERECHOS A LAS LIBERTADES DE INFORMACIÓN Y EXPRESIÓN**

El Art. 20.4 CE dispone 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*”.

Con el fin de proteger al menor de los perjuicios que le puede causar el ejercicio de la libertad de información u opinión, el legislador ha establecido una limitación a dichas libertades mediante la protección de la infancia y la juventud (art. 20.4 CE) calificando intromisiones ilegítimas en los medios de comunicación todas aquellas que supongan un perjuicio del honor del menor o de su interés (art. 4.3 LOPJM). Por lo tanto, los derechos del menor, y en especial los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen limitan las libertades de información y expresión. El ejercicio de las libertades de información y expresión deberá respetar los derechos del menor, de manera que en la medida en que su personalidad todavía se está formando, supone por parte de los medios más prudencia que en relación a los mayores de edad.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

Al respecto, la postura unánime adoptada por nuestros tribunales ante la protección del menor es la de *superprotección*, es decir, antepone la protección de los derechos del menor al ejercicio de otros derechos y reconoce el valor de la protección de la infancia como uno de los límites constitucionales expresamente establecidos para el ejercicio de los derechos reconocidos en el art. 20 CE como así lo avalan las SSTC 62/1982, de 15 de octubre, con expresa recepción de la doctrina HANDYSIDE; 123/ 1993, de 19 de abril; 232/ 1993, de 12 de julio; 85/1992, de 8 de junio y 134/1999, de 15 julio. Y las SSTS, de 27 de junio de 2003<sup>483</sup>; de 12 de julio de 2004<sup>484</sup>; de 23 de octubre de 2008, las SSTS de 26 de julio de 2010<sup>485</sup>, de 6 de septiembre de 2011<sup>486</sup>, de 11 de junio de 2012<sup>487</sup> y de 18 de febrero de 2013<sup>488</sup> que confirman la tendencia judicial a favor de la protección de los derechos fundamentales del menor al honor, a la intimidad y a su propia imagen sobre el derecho a la libertad de información y expresión.

La Instrucción 2/2006 se desarrolla en igual dirección cuando recoge que “El derecho a comunicar y a recibir libremente información no es un derecho absoluto y por lo tanto para que su ejercicio sea legítimo debe cumplir unas pautas generales y comunes”<sup>489</sup>. En relación a la información que afecte al menor, manifiesta además que

---

<sup>483</sup> RJ 2003/4312.

<sup>484</sup> RJ 2004/4374.

<sup>485</sup> RJ 2010, 6938.

<sup>486</sup> LA LEY 189954/2011, Rec. 590/2009.

<sup>487</sup> RJ 2012, 8850.

<sup>488</sup> LA LEY 5157/2013, Rec. 438/2011

<sup>489</sup> Que solo cuando la información sea de interés público puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba que la soporten en interés de la comunidad. Cuando resulta afectado el derecho a la intimidad lo primordial no es la veracidad sino la lesión. El derecho a informar, al venir reconocido como medio de formación de la opinión pública, solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad. Es necesario proceder a una previa acotación de los derechos y libertades que entran realmente en conflicto pues la importancia de los criterios que han de ser tenidos en cuenta al afrontar la ponderación de los derechos y libertades en colisión varía notablemente según se trate de la libertad de expresión o de información, por un lado, y de la protección del derecho al honor, la intimidad o a la propia imagen, por otro. La relevancia pública de la información no puede confundirse con el difuso objeto de un inexistente derecho a satisfacer la curiosidad ajena, por ejemplo una información relativa a los detalles de una adopción y de sus protagonistas, no posee relevancia pública al no servir al interés general en la información, y porque no se refiere a un asunto público entendido como acontecimiento que afecta al conjunto de los ciudadanos.



debe estar presidido por el principio general de protección reforzada de sus derechos a la intimidad y a la propia imagen. Desde esta perspectiva, cuando estén inmersos en hechos que son noticia y que tengan relevancia pública deberán preservarse sus derechos cuando su aparición en los medios pueda serle perjudicial. En estos casos, si la difusión de la misma puede ser contraria a sus intereses lo procedente será limitar los datos identificativos a las iniciales del nombre del menor. En esta línea, resuelve la STS de 29 de marzo de 2001<sup>490</sup>, la STC 127/2003, de 30 de junio de 2003<sup>491</sup> al tratar el requisito de la relevancia pública y la inserción en la noticia de los datos o señas de identidad de las personas intervinientes en el hecho, la cual reconoce que la limitación puede ser impuesta por ley como en el caso de los menores que impone el art. 4.2 y 3 LOPJM. La STS de 28 de junio de 2004<sup>492</sup> ha considerado antijurídicas las informaciones que aún referidas a hechos noticiosos, incluyen la identidad del menor, conteniendo la noticia aspectos negativos para el mismo; o finalmente la STS de 2 de junio de 2010<sup>493</sup>, la cual siguiendo la doctrina constitucional ha dispuesto que *“...en los supuestos en los que estén implicados menores de edad, la doctrina constitucional ha otorgado un ámbito de superprotección que obliga a ser sumamente cautelosos en cuanto a la información que de los mismos se suministra, aunque esta tenga carácter público”*.

Como quiera que por definición nos encontramos ante una materia casuística, también en el caso del menor se debe resolver cada caso mediante la técnica de ponderación constitucional y teniendo en cuenta los criterios generales que establece la citada Instrucción<sup>494</sup>. Nuestros tribunales, confirman unánimemente que en la

---

<sup>490</sup> RJ 2001, 6637.

<sup>491</sup> RTC 2003, 127.

<sup>492</sup> STS 631/2004, de 28 de junio, RJ 2004, 4279; SAP Asturias, sección 7ª 96/2003, de 13 de febrero, JUR 2003, 186572.

<sup>493</sup> RJ 2010, 2667.

<sup>494</sup> Instrucción 2/2006. punto 6. La Fiscalía no actuará de oficio ni apoyará la demanda de padres o tutores contra un medio que difunda imágenes de un menor cuando se trate de informaciones relativas al mundo infantil tales como inauguraciones del curso escolar, visitas de autoridades a centros infantiles, desfiles de moda infantil, estrenos de películas o presentaciones de libros para niños siempre que las propias circunstancias que rodeen al programa o a la información excluyan el perjuicio para los intereses de los menores y en tanto la imagen aparezca como accesoria de la información principal. Con carácter general no se considera antijurídica la difusión de imágenes de menores en lugares públicos, cuando aparezcan de

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

ponderación a realizar debe necesariamente tenerse presente (además del cumplimiento de los requisitos para el ejercicio de las libertades de expresión e información) un interés más, cual es el *superior interés del menor*. De manera que, si la difusión de la información puede ser contraria a sus intereses lo procedente será limitar los datos identificativos a las iniciales del nombre del menor como lo confirman la SAP Murcia, sección 4ª, de 15 de abril de 2000<sup>495</sup>; la SAP Barcelona, sección 11ª, de 16 de octubre de 2002; la SAP, sección 6ª, La Coruña de 12 de julio de 2006<sup>496</sup> o las SSTS de fecha 25 de febrero de 2009<sup>497</sup>, de fecha 17 de diciembre 2013<sup>498</sup> en la que se recoge con detalle un estudio pormenorizado, minucioso de las normas nacionales y contenidas en los Tratados Internacionales, así como de la doctrina del TC y del TS en relación a la ponderación entre la libertad de información y los derechos al honor, a la intimidad y familiar y a la propia imagen cuando resultan afectados menores de edad.

En virtud de cuanto antecede, cabe afirmar que la infancia y la juventud gozan de una especial protección constitucional que limita la libertad de información y expresión en relación a los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen si es contraria a los intereses del menor. De tal manera que prevalecerán tales derechos ante una eventual colisión con las libertades de expresión e información, independientemente de que puedan tener el mismo rango constitucional, criterio

---

manera meramente casual o accesoria de la información principal. Así por ejemplo, informaciones sobre lugares abiertos al público acompañadas de tomas generales en las que aparezcan los usuarios; o tomas de espectáculos públicos, conciertos o similares (siempre que tales lugares o actos no presenten aspectos negativos cuya asociación con la imagen del menor pudiera reportarle a éste perjuicios). 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 (por ejemplo reportaje sobre barriada en la que se vende droga, o sobre consumo de alcohol entre adolescentes, supuesto este último específicamente tratado en la STS nº677/2004, de 7 de julio o sobre prostitución masculina, abordado por el ATC nº5/1992, de 13 de enero. La difusión de noticias veraces y de interés público que afecten a menores de edad y que pueda generarles un daño a su reputación, intimidad o intereses, estará amparada por el ordenamiento siempre que no sean éstos identificados (mediante empleo de sistemas de distorsión de imagen o voz, utilización de iniciales, y mediante la exclusión de datos que directa o indirectamente lleven a la identificación del menor).pp. 33-34.

<sup>495</sup> JUR 2000, 156259.

<sup>496</sup> AC 2006, 1154.

<sup>497</sup> Ya citada RJ 2009, 2788.

<sup>498</sup> LA LEY 214164/2013, Rec. 1695/2011.

aceptado por la propia Fiscalía y asentado unánimemente en nuestra jurisprudencia menor y mayor.

### **3. LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN LA NORMATIVA AUTONÓMICA**

La preocupación de los poderes públicos por la protección de estos derechos en los menores ha llevado a que la mayoría de los legisladores autonómicos hayan promulgado sus propias disposiciones reiterando en esencia lo dispuesto en el art. 4 de la LOPJM. Además, impone la obligación de dar cuenta al MF de cuantas actuaciones lesionen el honor, intimidad personal y familiar y la propia imagen de los menores<sup>499</sup>.

Estas normas autonómicas, también generan obligaciones para las respectivas Administraciones en relación con la salvaguarda de estos derechos de los menores<sup>500</sup>. Incluso, alguna legislación autonómica como la del País Vasco o Navarra, aborda las obligaciones del Fiscal, pese a lo dispuesto en el art. 3.16 de la LEOMF<sup>501</sup>, estando en total sintonía con lo establecido en el art. 4 LOPJM y no existiendo diferencias en la materia entre las obligaciones de los Fiscales en la Comunidad Vasca o Navarra con las del resto de los Fiscales de España.

---

<sup>499</sup> Vid. art. 10.3 de la Ley 7/1999, de 28 de abril, de Protección de la Infancia y Adolescencia, de Cantabria; art. 35 de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid; art. 13 de la Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor; art. 6 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor de la Comunidad Autónoma de Andalucía; art. 11.3 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón; art. 21 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León; art. 11 de la Ley 5/2014 de 9 de octubre de Protección Social y jurídica de la Infancia y la adolescencia de Castilla-La Mancha; art. 11 de Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

<sup>500</sup> Vid. art.36 la Ley 14/2010, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, de Cataluña; arts. 13 y 86 de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores, de la Comunidad Autónoma de Canarias; art. 7 de la Ley de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana; art 27 de Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares: art. 42 de la Ley 3/2011, 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia

<sup>501</sup> Vid. art 10 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia del País Vasco y art 17 de la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia de la Comunidad de Navarra.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

Asimismo, cabe mencionar, la creación de oficinas administrativas específicas adoptadas en numerosas CCAA dirigidas a la protección del menor, denominadas en algunos casos “*DEFENSOR DEL MENOR*” en la Comunidad Andaluza y en la Comunidad de Madrid, pese a estar suprimida actualmente en esta última comunidad por motivos de racionalización del gasto público desde el año 2012 consecuencia de la crisis, canalizándose actualmente las quejas por el DEFENSOR DEL PUEBLO. En otros, “*LETRADO DEL MENOR*” en la Comunidad del Principado de Asturias, “*SINDIC DE GREUGES DE CATALUNYA*” en Cataluña; “*COMISIONADO DEL MENOR O PARE D’ORFES*” en la comunidad valenciana sin que haya entrado en vigor aún o “*LA OFICINA DEL DEFENSOR DEL MENOR*” en el País Vasco actualmente también suprimida etc.

Dadas las competencias que constitucional y legalmente corresponden a las distintas Comunidades Autónomas que forman el Estado español que han sido expresamente asumidas por éstas, y siendo la protección de los menores en todos los ámbitos de la vida una de dichas competencias, casi todas las Comunidades Autónomas dentro de su potestad normativa han dictado leyes que de una u otra forma recogen la protección de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor.

Por ello, se podrían formar tres bloques normativos, el primero de ellos compuesto por las leyes Autonómicas que no hacen referencia alguna en su articulado a ninguno de los tres derechos del menor, el segundo, relativo a aquellas que si los recogen pero no los desarrollan o diferencian. Y el último, las que además de reconocerlos proceden a darle algún tipo de regulación.

El primer bloque, estaría constituido por aquellas CCAA que no recogen en su normativa precepto alguno referente a los derechos al honor, intimidad y a la propia

imagen del menor. Sirvan de ejemplo, Extremadura que tan solo el art. 4<sup>502</sup> de su Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de Protección y Atención a Menores establece una regulación general de los derechos del menores; Madrid que únicamente en el art. 35<sup>503</sup> de su Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia, hace mención con carácter general y con connotaciones similares al art. 4 LOPJM; y Canarias que carece de precepto alguno específico, tan solo los arts. 3, 31.b) y 37.a) <sup>504</sup> de su Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores aluden a una regulación general de los derechos de los menores.

El segundo bloque, estaría integrado por aquellas Comunidades donde si aparecen específicamente reconocidos dichos derechos pero no los desarrolla. La primera ha sido Murcia en el art. 8<sup>505</sup> de su Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia, aunque en su Título solo recoja “derecho a la intimidad y a la propia imagen”. Cabe decir, que las únicas diferencias notables a resaltar con el art. 4.3 LOPJM son de

---

<sup>502</sup> Art. 4 “La Junta de Extremadura y las demás Administraciones Públicas extremeñas, en el ámbito de sus respectivas competencias, velarán por el cumplimiento efectivo de las disposiciones de carácter autonómico, nacional e internacional que garanticen y salvaguarden los derechos de los menores. En el Informe anual de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, se valorará todo lo concerniente a la protección de menores, en lo que se refiere a la salvaguarda de sus derechos. Para ello la Junta de Extremadura suministrará cuantos datos sean requeridos por la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura”.

<sup>503</sup> Art. 35 “Acceso a servicios dañinos. 1. La Administración autonómica velará para que por medio de las telecomunicaciones los menores no puedan tener acceso a servicios que puedan dañar su correcto desarrollo personal. 2. Se prohíbe la difusión de información, la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación, que puede ser contraria al interés del menor o implique intromisión ilegítima en su intimidad. Las Administraciones Públicas de la Comunidad de Madrid comunicarán al Ministerio Fiscal cualquier vulneración de este precepto para que solicite las medidas cautelares y de protección correspondientes”.

<sup>504</sup> Art. 3 “Derechos de los menores. 1. Los menores gozarán de los derechos individuales y colectivos que les reconoce la Constitución, lo tratado, convenios y pactos internacionales ratificados por el Estado Español, especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño de la Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, y la Carta Europea de los Derechos del Niño, así como en las restantes normas del Ordenamiento jurídico. 1. El contenido, regulación y efectos de los derechos reconocidos a los menores se regirá por su normativa específica, sin perjuicio de las medidas complementarias que se establecen en la presente ley para contribuir a su efectividad”. Art. 31 “Actividades prohibidas a los menores. Los menores no podrán realizar en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, aun cuando conste el consentimiento de los padres, tutores o guardadores, las actividades siguientes: b) Participar en publicidad de actividades o productos prohibidos a los menores”. Art.37 “Publicidad efectuada por menores. La utilización de menores en publicidad, cuando se divulgue en el territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias, estará sometida a los principios siguientes: a) No podrán participar en el anuncio de productos, bienes, servicios o actividades prohibidas a los mismos...”.

<sup>505</sup> Art. 8 “Derecho a la intimidad y a la propia imagen: 1. Los menores tiene derecho a una vida privada, familiar y social, y no podrán ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honor y a su imagen. 2. Se prohíbe la difusión de información o la utilización de imágenes o de nombres de los niños en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria su interés. Esta prohibición se mantendrá aunque el menor diese su consentimiento, si perjudica tal interés”.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

definición y de redacción, si bien cita el concepto de *intromisión ilegítima* no lo define. Además, elimina la expresión *menoscabo y representantes legales* y añade la de *intromisión ilegítima en su intimidad*. Posteriormente, La Rioja en el art. 11<sup>506</sup> de su Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores únicamente menciona los citados derechos. En igual línea que la anterior, la Comunidad Valenciana en el art. 15<sup>507</sup> de su la Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia. Finalmente, Cantabria en el art. 17<sup>508</sup> de su Ley 8/2010, de 23 de diciembre de garantías de derechos y atención a la infancia y adolescencia, los recoge y además en su apartado dos reitera el citado art. 4.3.

Un último bloque, sería aquellas CCAA que además de reconocer los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor, establecen algún tipo de regulación sobre aspectos que afectan a los mismos. A este respecto, cabe resaltar que incluso en alguna de ellas se hace mención por primera vez aunque con carácter general al concepto de *Internet, nuevas tecnologías, o medios informáticos*. En primer lugar, el Principado de Asturias ha demostrado su inquietud por regular los citados

---

<sup>506</sup> Art. 11 “Derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. 1. Las Administraciones Públicas de La Rioja pondrán en inmediato conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan constituir una intromisión ilegítima en los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen de los menores y, si tuvieran legitimación, ejercerán las acciones civiles o penales que procedan. 2. Las autoridades, funcionarios, profesionales y cualesquiera personas que intervengan en la tramitación de los procedimientos o en la ejecución de las medidas de protección de los menores que regula esta Ley, asumen el deber de reserva y confidencialidad respecto de los datos de que tengan conocimiento, en particular los relativos a la identidad y circunstancias de los menores protegidos y sus familias, así como a las solicitudes de guarda, acogimiento y adopción. Las Administraciones Públicas de La Rioja vigilarán el estricto cumplimiento del deber de reserva y confidencialidad de quienes intervengan en las actuaciones protectoras del menor”.

<sup>507</sup> Art. 15 “Derecho al honor, intimidad y propia imagen. 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 el secreto de las comunicaciones”.

<sup>508</sup> Art. 17 “Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. 1. Dentro del marco legislativo vigente, que reconoce a las personas menores el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, corresponde a la Comunidad Autónoma de Cantabria la realización de cuantas actuaciones resulten necesarias para lograr la plena efectividad de dicho derecho. 2. Los padres, madres, las personas que ejerzan la tutela o guarda y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles intromisiones ilegítimas de terceras personas. Se considera intromisión ilegítima cualquier utilización de la imagen o nombre de las personas menores que pueda implicar menoscabo de su reputación o que sea contraria a sus intereses, incluso con su consentimiento o el de quien ostente su representación legal. 3. Las Administraciones Públicas velarán para que las personas menores no sean utilizadas en anuncios publicitarios divulgados en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria que promocionen actividades prohibidas a menores de edad. La participación en publicidad de la persona menor, así como la utilización de su imagen, implicará, en todo caso, la protección de su dignidad y la de los derechos que les son reconocidos por la normativa vigente”.

derechos y en el art. 13<sup>509</sup> de su Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección de menores del Principado de Asturias los desarrolla en sintonía con lo recogido en el art. 4 LOPJM. Asimismo, acoge una definición de *intromisión ilegítima* en su apartado dos refiriéndose con carácter general a los medios de comunicación sin especificar ninguno en concreto y haciendo mención al consentimiento del menor o de sus representantes legales. En línea similar, Andalucía en el art. 6<sup>510</sup> de su Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención del Menor, igualmente los acoge pero con una definición más amplia del concepto de *intromisión ilegítima* que la del citado art. 4. Obsérvese, que es la primera Comunidad que en su redacción incluye las nuevas tecnologías, al mencionar “*sistemas informáticos de uso general o cualesquiera otros derivados de la aplicación de nuevas tecnologías*”, abarcando con ello la protección del menor. También Aragón en el art. 11<sup>511</sup> de su ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia los regula distinguiendo a su vez entre niños y adolescentes Asimismo, lo hace Castilla-León en el art. 21<sup>512</sup> de su Ley 14/2002, de 25 de julio, de

---

<sup>509</sup> Art. 13 “*Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen: 1. La Administración del Principado de Asturias garantizará el pleno respeto al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de los menores sobre los que se ejercite o vaya a ejercitarse alguna actuación protectora, evitando todo tipo de intromisión ilegítima que afecte a los mismos. 2. A estos efectos, se considera intromisión ilegítima cualquier utilización de su imagen o su identidad en los medios de comunicación, que pudiera implicar el menoscabo de tales derechos o que resultase contrario a sus intereses. 3. La Administración del Principado de Asturias dará cuenta inmediata al Ministerio Fiscal de cuantas actuaciones lesionasen el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen del menor sin perjuicio de ejercitar en su nombre cuantas acciones civiles y penales pudieran corresponderle*”.

<sup>510</sup> Art. 6 “*Honor, intimidad y propia imagen. La Administración de la Junta de Andalucía protegerá el honor, la intimidad, y la propia imagen de los menores frente a intromisiones ilegítimas y, en particular, las que pudieran producirse a través de los medios de comunicación social y sistemas informáticos de uso general o cualesquiera otros derivados de la aplicación de nuevas tecnologías, así como todas aquellas que se determinen reglamentariamente. Asimismo, pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal las intromisiones ilegítimas detectadas sin perjuicio del ejercicio de las acciones legales que procedan*”.

<sup>511</sup> Art. 11 “*Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen: 1. Los niños y adolescentes tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. Los padres o quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros. 3. La Administración debe preservar a los menores de la difusión de información y de la utilización de imágenes, nombre y datos que permitan su identificación, cuando sea atentatoria contra su dignidad y reputación o contraria a sus intereses, aunque medie el consentimiento de los padres y representantes legales. 4. La intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor dará lugar a la intervención del Ministerio Fiscal, de conformidad con la legislación vigente*”.

<sup>512</sup> Art. 21 “*Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. 1. Los poderes públicos de la Comunidad Autónoma garantizarán la efectividad de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y cuidarán especialmente para asegurarlos respecto de los niños y adolescentes sobre los que se ejercite o vaya a ejercitarse alguna actuación protectora o intervención administrativa, así como de aquellos que hayan sido objeto de agresiones sexuales, malos tratos o cualquier otra experiencia traumática. 2. Será exigible el mayor rigor en el* 198



## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

promoción, atención y protección a la infancia, pero no define el concepto de *intromisión ilegítima*. El País Vasco en el art. 10<sup>513</sup> de su Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia y la Comunidad Foral De Navarra en el art. 17<sup>514</sup> de la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia, tampoco lo hacen. En relación a las Islas Baleares en el art. 27<sup>515</sup> de su Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la

---

*cumplimiento del deber de reserva para con los profesionales de cualquier ámbito que, en razón de su actividad, tengan relación con un menor. 3. Las Administraciones Públicas de Castilla y León pondrán en conocimiento de la Autoridad Judicial o del Ministerio Fiscal los hechos constitutivos de intromisión ilegítima, ejercitando en su caso las acciones civiles y penales que procedan”.*

<sup>513</sup> Art. 10 “Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. De conformidad con lo previsto en 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: a) Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, quedando comprendidos en este derecho la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como el secreto de las comunicaciones. b) En los casos en que los derechos recogidos en la letra anterior queden vulnerados por la difusión de información o la utilización de imágenes o nombres de niños, niñas y adolescentes en los medios de comunicación que pueda implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, el ministerio fiscal deberá intervenir instando de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la ley y solicitando las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados. Tales actuaciones procederán incluso si consta el consentimiento del niño, niña o adolescente o de sus representantes legales. c) En los casos a que se refiere la letra anterior, y sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del niño, niña o adolescente, el ministerio fiscal podrá actuar de oficio o a instancia del propio niño, niña o adolescente o de cualquier persona interesada, física o jurídica, o entidad pública. d) Los padres y madres, tutores o guardadores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros”.

<sup>514</sup> Art. 17 “Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. De conformidad con lo previsto en 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: a. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, quedando comprendidos en este derecho la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como el secreto de las comunicaciones. b. En los casos en que los derechos recogidos en la letra anterior queden vulnerados por la difusión de información o la utilización de imágenes o nombres de niños, niñas y adolescentes en los medios de comunicación que pueda implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, el ministerio fiscal deberá intervenir instando de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la ley y solicitando las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados. Tales actuaciones procederán incluso si consta el consentimiento del niño, niña o adolescente o de sus representantes legales. c. En los casos a que se refiere la letra anterior, y sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del niño, niña o adolescente, el ministerio fiscal podrá actuar de oficio o a instancia del propio niño, niña o adolescente o de cualquier persona interesada, física o jurídica, o entidad pública. d. Los padres y madres, tutores o guardadores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros”.

<sup>515</sup> Art. 27 “Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen: 1. De acuerdo con lo previsto en 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: a) Las personas menores de edad 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. b) La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de las personas menores de edad 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. c) Se considera intromisión



atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia, desarrolla el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor y no se refiere a niño o niñas, sino a *personas menores* eso sí distinguiendo entre *infancia y adolescencia en función de la edad*. Como novedad a realzar es que define *lo que ha de considerarse intromisión ilegítima en cualquiera de estos derechos*. A su vez, Cataluña que modifica otra regulación anterior, en el art. 36<sup>516</sup> de su Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, también los regula y diferencia igualmente entre *los niños y los adolescentes*. En este sentido, Galicia en el art. 42<sup>517</sup> de su Ley 3/2011, 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia se refiere a los derechos de la infancia y la adolescencia de especial protección, incluyendo el derecho al honor, intimidad y a la propia imagen en su apartado i) y en su art. 43 hace una referencia expresa a *las prohibiciones relativas a las publicaciones y material audiovisual*. De igual manera, es la segunda comunidad que también se refiere a Internet y al igual que Aragón, Castilla-León, País Vasco, Navarra y Cataluña distingue

---

*ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de la persona menor de edad, cualquier utilización de su imagen, su nombre o el relato detallado de su historia 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 de la persona menor de edad o de sus representantes legales. Sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares las personas representantes legales de la persona menor de edad, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia de la persona menor de edad o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública. 2. Los progenitores, las personas que ejerzan la tutela o la guarda de las personas menores de edad y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros”.*

<sup>516</sup> Art. 36 “Derecho a la protección del honor, la dignidad, la intimidad y la propia imagen. 1. El niño o el adolescente tiene derecho a la protección del honor, la dignidad, la intimidad y la propia imagen. 2. Hay que preservar a los niños y a los adolescentes de la difusión de sus datos personales, de la difusión de imágenes que atentan contra su dignidad y de la explotación económica de su imagen. 3. Los poderes públicos deben velar, con especial interés, por el derecho a la intimidad y al honor de los niños y adolescentes, especialmente de aquellos que han sido objeto de agresiones sexuales, maltratos o cualquier otra experiencia traumática”.

<sup>517</sup> Art. 42 “Derechos de la infancia y la adolescencia de especial protección: A los efectos de la presente Ley, se considerarán como derechos de la infancia y la adolescencia sujetos a una especial protección y tutela por los poderes públicos de Galicia los siguientes: i) El derecho a que se respete su vida privada, familiar y social, y a que se proteja la misma de toda injerencia arbitraria o ilegal, así como de todo ataque a su honra o su imagen”. Art. 43 “Prohibiciones relativas a publicaciones y material audiovisual: 1. Queda prohibida la venta, el alquiler, la exposición, la difusión y el ofrecimiento a menores de edad de publicaciones, vídeos, videojuegos o cualquier otro material audiovisual que incite a la violencia, actividades delictivas o cualquier forma de discriminación, o cuyo contenido sea pornográfico, resulte perjudicial para el desarrollo de su personalidad o contrario a los derechos y libertades reconocidos en las leyes vigentes. Tampoco se proyectarán o difundirán en locales o espectáculos en los cuales se admita la asistencia de niños y niñas o de adolescentes 2. Los establecimientos o centros en los cuales se les permita a los niños, niñas y adolescentes el acceso a la red Internet deberán disponer y aplicar los sistemas de control y restricción de contenidos”.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

entre *infancia y adolescencia*. Por último, Castilla-La Mancha en su art. 11<sup>518</sup> de la Ley 5/2014, de 9 de octubre, de protección social y jurídica de la infancia y la adolescencia, los menciona y se refiere a la protección a *sistemas informáticos*.

Como conclusión, las CCAA lo que han hecho en esencia es promulgar su propia normativa si bien reiterando lo dispuesto en el art. 4 de la LOPJM y reforzándolo aún más si cabe al imponer además la obligación de dar cuenta al MF del conocimiento que puedan tener de intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen los menores de edad. Pero las mayoría de las CCAA pese a regular tales derechos con posterioridad a la LOPJM no han utilizado la oportunidad real de incluir expresamente como medios de comunicación las nuevas tecnologías de la información, salvo Andalucía en el año 1998, Galicia en el año 2011 y Castilla-La Mancha en el año 2014. Por ello, considero que es necesario abordar incluso también por las CCAA la regulación de los nuevos medios de comunicación utilizados por el menor.

### **4. EL MARCO LEGAL DEL MENOR Y DE SUS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL**

Nuestra CE, dispone en el art. 39.4 que “*Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*”. ¿Significa esto que los menores gozan en España de todos los derechos que le otorga el derecho internacional, incluso cuando se trate de acuerdos y tratados no ratificados? Evidentemente la respuesta es negativa. En este sentido, la STC 36/1991, de 14 de

---

<sup>518</sup> Art. 11 “*Derecho a honor, a la intimidad y a la propia imagen: 1. La Administración Autonómica garantizará y protegerá el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen de los menores, evitando todo tipo de intromisión ilegítima que afecte a los mismos. En particular, se protegerá frente a las intromisiones que pudieran producirse a través de los medios de comunicación y sistemas informáticos de uso general como consecuencia de la utilización de la imagen o nombre de los menores que pudiera implicar un menoscabo de tales derechos o que sea contraria a sus intereses, aun constanding el consentimiento del menor o de sus representantes legales. 2. La Administración Autonómica pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos constitutivos de intromisión ilegítima, sin perjuicio de ejercitar las acciones civiles o penales que procedan*”.

febrero, recuerda como los principios reconocidos en el capítulo III del Título I, aunque deben orientar la acción de los poderes públicos, no generan por sí mismos derechos judicialmente actuables. El valor de esa remisión constitucional reside en que el ordenamiento internacional referido al menor debe ser la guía de la actuación legislativa en este campo.

La LOMSPIA, modifica el art. 3<sup>519</sup> LOPJM, incluyendo únicamente la referencia a la Convención de Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, y adaptando el lenguaje de tal manera que sustituye el término *deficiencia* por *discapacidad*. Asimismo, reitera algo que ya estaba en el sustrato tanto del Derecho Internacional como del propio Derecho interno, pues por una parte el art. 96 CE establece de forma clara y rotunda que *“Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte de Ordenamiento interno...”* y por otra el art. 10.2 CE que *“Los derechos fundamentales y libertades reconocidos por la Constitución se interpretarán de conformidad con la declaración de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*. En palabras del TC, el mencionado art. no concede rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra Constitución, pero obliga a interpretar sus correspondientes preceptos de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica se convierte en cierta forma en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo II del Título I de nuestra Constitución<sup>520</sup>.

---

<sup>519</sup> Art. 3 *“Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad y de los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, discapacidad o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social. La presente ley, sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a las personas menores de edad, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad. Los poderes públicos garantizarán el respeto de los derechos de los menores y adecuarán sus actuaciones a la presente ley y a la mencionada normativa internacional”*.

<sup>520</sup> STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5º.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

Además, el texto del citado precepto está en consonancia con lo previsto en la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 convirtiéndose en una norma de derecho positivo interno al ser publicada en el BOE de 31 de diciembre de 1990. Se trata de un documento con fuerza jurídica obligatoria y de ejecución inmediata en los estados que se hayan ratificado en el texto de la Convención sin necesidad de ninguna otra norma para su desarrollo en el que se reconoce al niño como verdadero sujeto de derechos civiles y políticos, cuyo principio rector es el *interés superior del niño*. Dicho documento a fecha de hoy ha sido ratificado por la totalidad de los países miembros, tales como Reino Unido el 21 de septiembre de 1990, Argentina el 4 de diciembre de 1990, México el 26 de julio de 1990, Países Bajos el 30 de septiembre de 1990, etc. salvo dos EEUU y Sudán del Sur. Concretamente, su art. 3 recoge el principio del *interés superior del niño* y el art. 16 las intromisiones en la intimidad del menor.

Sin embargo, en lo que respecta a la protección internacional del menor y más en concreto a los derechos al honor, intimidad e imagen del menor, carecen de una regulación específica rigiéndose por un nutrido grupo de normas como son las *Reglas de Beijing* en los procesos penales seguidos contra menores (Reglas Mínimas Uniformes de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores. Nueva Cork, 29 de noviembre de 1985. 96ª sesión plenaria, Resolución 40/33) en las que se hace hincapié en la importancia de proteger a los menores de los efectos adversos que pueden resultar de la publicación en los medios de comunicación de informaciones acerca del caso (por ejemplo el nombre de los menores que se presume delincuentes o que son condenados), concretamente en su art. 8º. El art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, ratificado por España el 13 de abril de 1977. El art. 12 de la Convención de los derechos del niño consagra el derecho del menor a expresar libremente sus opiniones, de igual modo se consagra el derecho a que sus opiniones sean tomadas en consideración. La libertad de expresión y el derecho a recibir y comunicar informaciones se regula en el art. 13. Los art. 6 y 40 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de

las Libertades Fundamentales, expresamente prevén la posibilidad de restringir la publicidad de juicio penal en aras a la protección de los intereses de los menores, y el art. 10 consagra la libertad de expresión. De tal modo, que en el caso de los niños de Liverpool, se condenó al Reino Unido por violación del derecho a un proceso justo (STEDH de 16 de diciembre de 1999)<sup>521</sup>.

También aquí, se debe tener presente el art. 24 del citado Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos relativo a las medidas de protección que requiere el menor tanto de la familia como de la sociedad y el estado. El art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966 que obliga a adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes y específicamente contra la explotación económica y social. Y el art. 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, que reconoce el derecho de la infancia a cuidados y asistencia especiales.

Por otra parte, tampoco nos podemos olvidar de la Convención Iberoamericana de Derecho de los Jóvenes, Tratado internacional de derechos humanos, firmado en Badajoz el 11 de octubre de 2005. Se trata de un acuerdo de carácter vinculante que establece el compromiso de los Estados parte a garantizar a las personas jóvenes de entre 15 y 24 años de edad, sin discriminación alguna, el cumplimiento de los derechos humanos recogidos en su articulado. Concretamente, el art. 15, reconoce expresamente el derecho al honor, intimidad y propia imagen de los jóvenes y establece que *"...los Estados Parte adoptarán las medidas necesarias y formularán propuestas de alto impacto social para alcanzar la plena efectividad de estos derechos y*

---

<sup>521</sup> EDE 1999/34879 (casos de niños de Liverpool) en la que se condenó al Reino Unido por violación del derecho a un proceso justo porque, entre otras cosas, los menores acusados fueron sometidos a un proceso público, siendo ubicados en un lugar de la sala en la que podían ser observados por el público que manifestaba una actitud hostil hacia ellos y los medios de comunicación. Entiende el TEDH que no se ha producido un juicio equitativo y justo conforme a las exigencias del artículo 6 del Convenio, pues la inmadurez del menor y la presión emocional a la que fue sometido durante el proceso impidieron la efectiva participación de éste último en su propia defensa.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

*para evitar cualquier explotación de su imagen o prácticas en contra de su condición física y mental, que mermen su dignidad personal”.*

Finalmente, debemos hacer mención a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, instrumento de ratificación de 23 de noviembre de 2007 y el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 28 de mayo de 2010, ratificado el 6 de septiembre de 2010.

En lo que respecta a la UE, son relevantes los siguientes textos: la Resolución del Parlamento Europeo A 3-0172/92, sobre una Carta Europea de Derechos del Niño de 8 de julio de 1992, en su punto 8.29<sup>522</sup>, y en su punto 8.43<sup>523</sup>. A partir de la cual, se efectúa sin duda un paso más en el reconocimiento internacional de unos derechos específicos del menor, así como el establecimiento de protección para evitar los abusos que con tanta facilidad son cometidos a diario en el mundo internacional; la Resolución del Parlamento Europeo A 4-0393/96, sobre Medidas de Protección de menores en la Unión Europea, de 12 de diciembre de 1996, en su art. 13; Tratado por el que se establece una Constitución Europea, de 16 de diciembre de 2004, en su art. II-84; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, del 7 de diciembre de 2000.2000/C364/01 en su art. 24 y Decisión Marco 2002/68/JAI, del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, en su art. 1.i.e. y 2.b).

A su vez, hay que aludir al Convenio relativo a la adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, ratificado el 16 de julio de 2010, relativo

---

<sup>522</sup>Punto 8.29 *“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”.*

<sup>523</sup> Punto 8.43 *“Todo niño tiene derecho a ser protegido contra la utilización de su imagen de forma lesiva para su dignidad”.*

a la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, realizado en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 y ratificado el 22 de julio de 2010. El Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 26 de enero de 1996 y ratificado el 11 de noviembre de 2014. Finalmente, el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000.

En cualquier caso, no existe disposición alguna con rango de Reglamento o de Directiva en la UE que sistematice con eficacia vinculante para los Estados miembros una normativa específica sobre el Menor y menos aún acerca de sus derechos de la personalidad, tan sólo se dan manifestaciones puntuales al regularse en otras materias genéricas. Lo que nos lleva a la conclusión de que el análisis de la normativa comunitaria tiene un carácter horizontal, más que de carácter vertical, ante la inexistencia de un cuerpo legal comunitario vinculante que unifique todas estas manifestaciones normativas. Indudablemente, la Carta Europea de los Derechos del Niño de 27 de abril de 1992, pese a su carácter programático, es un cuerpo normativo, de ordenación vertical de la materia, de tal manera que *“Todo niño tiene derecho a no ser objeto por parte de un tercero de intrusiones injustificadas en su vida privada, en la de su familia, ni a sufrir atentados ilegales contra su honor resulta básico en este orden de ideas”*. Es evidente, como se afirma en la Carta Europea de los Derechos del Niño, que las exigencias del Mercado interior dotan de especificidad al sistema de protección europeo de los menores. Aunque, tal como expresa la Exposición de Motivos de la LOPJM, debe tenderse a reconocer la autonomía del menor como sujeto social de derechos y no sólo en función de su rol familiar (hijos) o escolar (alumnos).

Y pese a la ardua tarea de encontrar alguna sentencia relativa a los derechos de la personalidad del menor, el TEDH ha analizado el derecho a la imagen del menor en la Sentencia Rehilos y Davourlis, Caso Grecia, de 15 de enero de 2009, la cual se refiere

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR**

---

a la imagen de un menor, concretamente un fotógrafo profesional por tomar dos fotografías del recién nacido, en las que se le veía de cara. Los padres se quejaron de la entrada del fotógrafo sin su consentimiento en la unidad especial en la que se encontraba su hijo. En tal sentido, subraya que la imagen de una persona revela sus características y constituye uno de los principales atributos de su personalidad y añade que la protección efectiva del derecho a controlar la propia imagen, en las circunstancias de este caso, exige la obtención del consentimiento de la persona afectada cuando la fotografía va a ser tomada y no únicamente cuando puede ser publicada.

Por todo lo anterior, cabe concluir que en la Unión Europea no hay Directiva o Reglamento específico alguno sobre la protección de los derechos del menor y menos aún sobre sus derechos de la personalidad. Tan solo el art. 16 de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas recoge la intromisión al derecho a la intimidad y en la Carta Europea de Derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo de 8 de julio de 1992 en su punto 2 el derecho a la imagen. Lo que sí existe es una variedad de normas internacionales en los procesos penales seguidos contra menores en lo que respecta al honor, intimidad e imagen del menor.

Por el contrario, la legislación Iberoamericana, en clara asimilación con la legislación española, es pionera en lo que a la protección del menor y en concreto a los derechos al honor, intimidad y a la propia imagen del menor se refiere, siendo reconocidos por norma legal expresa en países tales como Argentina o Venezuela, que desarrollan y definen tales derechos del menor. Sirva de ejemplo la Ley de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes de Argentina<sup>524</sup> que en su art. 10 recoge el derecho a la intimidad y en su art. 22 establece el reconocimiento al derecho a ser respetados en su dignidad, reputación y propia imagen, definiendo su protección, así como los supuestos de su violación, y el elemento legalizante del

---

<sup>524</sup> Sancionada el 28/09/2005, promulgada el 21/10/2005, publicada el 26/10/2005, Ley 26061.



consentimiento, en unos términos similares al derecho español. La Ley Orgánica para la Protección de niño, niñas y adolescentes de Venezuela<sup>525</sup>, la cual en igual línea que la anterior establece expresamente en su art. 65 el derecho al honor, reputación, propia imagen, vida privada e intimidad familiar y en que consiste su violación, y el consentimiento del menor o sus progenitores y representantes legales.

---

<sup>525</sup> GO (5859 Extraordinaria) 10/12/2007.

**CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR,  
INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS  
TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

*CAPÍTULO TERCERO*

*LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD,  
IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS  
TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN*

*SUMARIO:* 1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS. 2. EL FENÓMENO DE LAS REDES SOCIALES. 2.1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN. 2.2. CONCEPTO DE RED SOCIAL ON LINE Y CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN. 2.3 EL USO DE LOS NUEVOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN POR PARTE DEL MENOR. 2.4. EL CAMBIO DEL CONCEPTO DE INTIMIDAD Y PRIVACIDAD EN LOS MENORES NATIVOS DIGITALES. 3. LOS PRINCIPALES RIESGOS PARA EL MENOR DERIVADOS DEL USO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS. 3.1. ESTADO DE LA CUESTIÓN. 3.2. POR EL USO DE DISPOSITIVOS MÓVILES. 3.3. POR EL USO DE INTERNET. 3.4. POR EL USO DE LAS REDES SOCIALES. 4. MECANISMOS QUE GARANTICEN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD DEL MENOR. 4.1 POR LOS PODERES PÚBLICOS. 4.2. INICIATIVAS DE CARÁCTER AUTORREGULATORIO. 4.3. POR LOS AGENTES DE LA INDUSTRIA. 4.4. POR LOS PADRES O TUTORES Y LOS EDUCADORES. 5. LA PROTECCIÓN JURÍDICA EN ESPAÑA DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD E IMAGEN EN LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS. 5.1. ASPECTOS INTRODUCTORIOS. 5.2. REGULACIÓN CIVIL 5.2.1. De carácter general. En las Leyes Orgánicas 1/1982 y 1/1996. 5.2.2. De carácter específico. Especial atención a la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la Información y de Comercio electrónico. 5.3 REGULACIÓN PENAL. 5.3.1. En el Código Penal 5.3.1. Exhibicionismo y provocación sexual. 5.3.2. Pornografía infantil. 5.3.3. Abusos agresiones sexuales a menores de 16 años. 5.3.4. El acoso sexual. 5.3.5. Delitos contra la intimidad. 5.3.6. Despenalización de las faltas de injurias leves y vejaciones injustas. 5.3.2. En la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, responsabilidad penal del menor 6. LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DEL MENOR. 6.1. REGULACIÓN EN ESPAÑA. 6.1.1. La protección de datos de carácter personal como derecho fundamental 6.1.2. Ámbito de aplicación de la protección de los datos personales. 6.1.3 Concepto de dato personal. La imagen del menor. 6.1.4. Conceptos de fichero, tratamiento y cesión de datos. Ámbitos de tratamiento y cesión de datos personales del menor. 6.1.5. El deber de informar la recogida y el tratamiento de los datos personales del menor. 6.1.6. El consentimiento del menor en el tratamiento de sus datos personales. 6.2 REGULACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA. 6.2.1. Documentos específicos sobre el tratamiento de los datos personales del menor en Europa. 6.2.2. Los primeros pasos hacia una regulación. 6.2.3. El marco normativo vigente en materia de protección de datos personales. 6.2.4. El Reglamento general de protección de datos de la UE 2016/679, de 27 de abril de 2016. 6.2.5. El consentimiento del menor en el tratamiento de sus datos personales. 6.2.6. Otras medidas dirigidas a la protección del menor. El derecho al olvido. 6.3. REGULACIÓN EN ESTADOS UNIDOS Y REINO UNIDO. 7. EL FENOMENO SEXTING. 7.1. ORIGEN DEL CONCEPTO. 7.2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SEXTING. 7.2.1. En el ámbito del Derecho privado. El derecho civil. 7.2.2. En el ámbito del Derecho público. 7.2.2.1. El derecho penal. 7.2.2.2. El derecho administrativo.

## **1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS**

El Siglo XXI y el entorno virtual, supone un cambio de paradigma respecto de los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de datos. Internet, cobra día a día mayor preponderancia en el mundo real y está suponiendo una variación en la perspectiva de la vigencia de los citados derechos derivada de la Sociedad Red. Se presenta como un espacio de libertad de fronteras espaciales, temporales, con apariencia de gratuidad, donde la personalidad pasa a ser social, en el que además de generarse ventajas se incrementan exponencialmente los riesgos del nacimiento de conductas lesivas, no solo respecto a la conculcación de los diversos derechos fundamentales a la intimidad, al honor, a la propia imagen o la protección de datos personales, también respecto de conductas ilícitas como el ciberbullying, grooming, slapping, etc. y otras que suponen no únicamente intromisiones en la propia esencia de la persona y en su dignidad y libertad, que incluso, pueden llegar a atentar con la propia integridad física o moral.

Por lo tanto, con Internet estamos asistiendo no ya a una relativización sino a una progresiva erosión en las redes sociales e incluso una aniquilación de los derechos al honor, intimidad, imagen y a la protección de datos.

## **2. EL FENÓMENO DE LAS REDES SOCIALES**

### **2.1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN**

Las Redes sociales en línea o Sitios de redes sociales (SNSS) son en la actualidad un fenómeno cuyo alcance está por determinar y que afecta de manera muy importante a la esfera jurídica personal de las personas, su personalidad, concretamente a su intimidad. Actualmente, la principal preocupación es que los propios usuarios de las redes exteriorizan la intimidad -*extimidad*-y desconocen en mayor medida, la utilización que de estos datos hacen los proveedores de redes sociales empresas con fines económicos.

### CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

---

Cabe destacar, que la evolución de las comunidades virtuales y los servicios alojados en Internet, tales como los Servicios de redes sociales (SRS), es un fenómeno relativamente reciente, cuyo número de usuarios se sigue multiplicando de manera exponencial<sup>526</sup>. Sin embargo, se debe diferenciar entre redes sociales digitales (on line o en línea) las cuales se desarrollan a través de medios electrónicos, de las redes sociales tradicionales (off line o fuera de línea), así como los servicios de redes sociales<sup>527</sup>

En cuanto al origen de las redes sociales en Internet, se remonta al año 1995, cuando Randy Conrado creó el sitio web “classmates.com”, orientada a facilitar el contacto con antiguos alumnos compañeros de colegio o universidad. Posteriormente, a partir del año 2002, surgieron nuevas plataformas con fines similares, como Friendster -para encontrar amigos en línea-, o Fotolog -para compartir fotos personales-. En el año 2003, adquieren popularidad los portales web como Myspace y Xing, a las que les siguen una multitud de redes entre las que hay que destacar Facebook y Tuenti. La primera, se creó en el año 2004 y en la actualidad es la red social más extendida del mundo, contando con más de mil millones de usuarios en todo el planeta. Por el contrario, Tuenti es una red social de carácter español y con un perfil de usuario medio más joven. En nuestro país, tiene alrededor de quince millones de usuarios, de los cuales un alto porcentaje son menores de edad<sup>528</sup>. Por tanto, las redes sociales son un instrumento o producto más de la llamada “Web 2.0”, que fuera

---

<sup>526</sup> Dictamen 5/2009, de 12 de junio (WP 163), sobre las redes sociales en línea, elaborado por el Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29, p. 4.

<sup>527</sup> CAMPUZANO TOMÉ, H., “Las redes sociales digitales: concepto, clases y problemática jurídica que plantean los albores del siglo XXI”, *AC*, nº. 1, quincena del 1 al 15 de enero de 2011, pp. 1-3. A su vez, las redes sociales digitales se integran por el elemento personal (los miembros del grupo) y el elemento material (plataformas de comunicación: los Servicios de Redes Sociales –SRS-). En el lenguaje cotidiano, sin embargo, es frecuente calificar a determinados SRS como redes sociales digitales. Así, se dice que Facebook, Tuenti, o MySpace son redes sociales, cuando en realidad no lo son, sino empresas que habilitan el espacio virtual necesario y los instrumentos tecnológicos para que los miembros de la red social puedan comunicarse.

<sup>528</sup> Dato obtenido del blog oficial de Tuenti: <https://corporate.tuenti.com/es/blog./joo>.

de ser en esencia un avance tecnológico, supone un nuevo concepto de las utilidades de las nuevas tecnologías.

En lo que respecta a la evolución de Internet se secciona en cuatro grandes fases: La primera, “Web 1.0”, era básicamente la búsqueda y obtención de información por parte del usuario, que acudía a la red con el ánimo de satisfacer necesidades tanto de información como lúdicas. La segunda, “Web 2.0”, fue Tim O’ Reilly quien acuñó el término en una conferencia denominada “O’Reilly Media Web 2.0”<sup>529</sup> en el año 2004, al identificar la proliferación de plataformas de Internet que conferían al usuario el poder no solo de consumir, sino también de participar en la elaboración y gestión de los contenidos frente a la “Web 1.0” de carácter estático. Se define, como “todas aquellas utilidades y servicios de Internet que se sustentan en una base de datos, la cual puede ser modificada por los usuarios del servicio, ya sea en su contenido (añadiendo, borrando o intercambiando información o asociando datos a la información existente), bien en la forma de presentarlos, o en contenido y forma simultáneamente”<sup>530</sup>. Hay que manifestar, que el éxito de las redes sociales va unido a lo que en Internet se ha llamado “fenómeno 2.0”<sup>531</sup>. El cual consiste en un cambio de paradigma comunicativo, en el que los usuarios han pasado de ser considerados eminentemente como consumidores de contenidos -creados por editores expertos en programación-, a ser creadores de los mismos, en un paradigma mucho más participativo donde la diferencia entre emisor y receptor queda ciertamente difuminada<sup>532</sup>. En este contexto particularmente participativo, la aparición de las redes sociales ha encontrado una enorme acogida, por su carácter dinámico, personal e interactivo, que satisface las exigencias comunicativas del llamado internauta 2.0. Consecuencia de este enfoque colaborativo y social, surge la “Web 2.0” o “Web social

---

<sup>529</sup> O’REILLY, T., *Ques es Web 2.0. Patrones del diseño y modelos del negocio para la siguiente generación del software*, San Francisco, 2004, p. 1.

<sup>530</sup> Web 2.0, Wikipedia, La enciclopedia libre disponible en <http://es.wikipedia.org>.

<sup>531</sup> Web 2.0 conjunto de aplicaciones y páginas de Internet que proporcionan al usuario el control de sus datos, permitiéndole pasar de ser exclusivamente consumidor a convertirse en un productor y creador.

<sup>532</sup> Para un estudio del fenómeno de redes sociales en el contexto de la web 2.0, vid. FUMERO, A., y GARCÍA, J., “Redes sociales: contextualización de un fenómeno dos-punto-cero”, Telos: *Cuadernos de comunicación e innovación*, nº. 76, 2008, pp. 56-68.

### CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

---

colaborativa”, de la que son buenos ejemplos los foros<sup>533</sup>, blogs<sup>534</sup>, los wikis<sup>535</sup>, las folcsonomías<sup>536</sup> o las redes sociales<sup>537</sup>. La expansión de este fenómeno es tal, que las últimas estadísticas a nivel mundial cifran el número de usuarios de redes sociales en 272 millones. En el caso de España, los usuarios españoles de Internet que utiliza habitualmente redes sociales se sitúan entre el 40% y el 50% de la población. La tercera, “Web 3.0” o “Web semántica”, es en la cual nos encontramos actualmente, surgió su término en el 2006 del Artículo de Jeffrey Zeldman y pasa del puro intercambio público de datos entre sujetos usuarios de las redes “de la intimidad a la extimidad”, al procesamiento de los mismos por procesadores de información mediante aplicativos que permiten describir los contenidos y la información presente en la web, concebida para que las máquinas “entiendan” a las personas y procesen de una forma eficiente la avalancha de información publicada en la web. Es decir, un lugar en el cual las máquinas pueden leer páginas web con igual facilidad con la que los humanos lo hacemos. Por último, ya hay quién habla de “Web 4.0” o “Web predictiva”, de manera que Internet no se limitará a mostrar información, sino que

---

<sup>533</sup> Los foros son sitios web que permiten a los usuarios de los mismos que intercambien opiniones sobre un tema concreto. Ofrecen dinamismo, y como novedad a destacar es que en ocasiones son los propios usuarios lo que moderan el contenido sin que sea necesaria la figura del administrador, HEREDERO CAMPO, M. T., “Cuaderno Red de Cátedras Telefónica. Web 2.0: Afectación de Derechos en los Nuevos Desarrollos de la Web Corporativa”, *Catedra telefónica de la Universidad de Salamanca*, nº6, Mayo 2012, [www.catedratelefonica.es](http://www.catedratelefonica.es), p. 35.

<sup>534</sup> Blog, weblog, bitácora, son algunas de las denominaciones de este recurso. Es una página web en la que el escritor plasma sus ideas o reflexiones a modo de post. Lo importante es que su lanzamiento hace posible que la información se democratice dando voz a todo aquel que quiera manifestar una opinión independientemente de su nivel cultural. Principales blogs por ejemplo, Windows, Myspace, Blogger HEREDERO CAMPO, ob. cit., p. 14.

<sup>535</sup> Wiki “son sitios de web que pueden ser editados por varios usuarios, siendo posible que cualquiera de ellos pueda crear, modificar o borrar el contenido de un página de forma interactiva, fácil y rápida, de este modo mejoran las páginas de manera instantánea. Es un ejemplo de escritura colaborativa. Por ejemplo Wikipedia, es una inmensa enciclopedia online libre de derechos a terceros, Wikilibros, es una colección de libros o manuales, WiKiquote, es una colección de proverbios, citas célebres de personajes relevantes o frases de película Wikidiccionarios, diccionario multilingüe”. HEREDERO CAMPO, ob. cit., p. 16.

<sup>536</sup> Folcsonomía es una indexación social, es, decir, la clasificación colaborativa por medio de etiquetas simples en un espacio de nombres, llano, sin jerarquías ni relaciones de parentesco predeterminadas, en “Folcsonomía”. La Enciclopedia libre disponible en <http://es.wikipedia.org>.

<sup>537</sup> Redes sociales ofrecen formas de interacción social entre los distintos usuarios registrados en las mismas. Son un intercambio dinámico entre personas, grupos o instituciones. Por ejemplo Facebook, Twitter, Myspace, Ning, Google, Tuenti, Tagged o Hi5. HEREDERO CAMPO, ob. cit., p. 15.

dará soluciones predictivas concretas a la necesidad del usuario y hace hincapié en su uso sobre dispositivos móviles.

Por todo ello, el panorama para los derechos pertenecientes a la esfera de la personalidad del sujeto, como los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de datos no es alentador, y ello es por desconocer los usuarios el uso o utilización por parte de los proveedores de red social de sus datos personales, lo que hace necesario la educación como valor superior para intentar paliar los usos y abusos no deseados.

## **2.2. CONCEPTO RED SOCIAL ON LINE Y CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN**

Según un *Estudio sobre privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales* elaborado por el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO)<sup>538</sup> las redes sociales on line son servicios prestados a través de Internet que permiten a los usuarios generar un perfil público, en el que plasmar datos personales e información de uno mismo, disponiendo de herramientas que permiten interactuar con el resto de usuarios afines o no al perfil publicado. Toda red social, se fundamenta en la “*teoría de los seis grados de separación*” en su virtud, cualquier individuo puede estar conectado a cualquier otra persona en el planeta a través de una cadena de conocidos con no más de cinco intermediarios (con un total de seis conexiones). La cifra de conocidos aumenta a medida que lo hacen los eslabones de la cadena. Los individuos de primer grado serán los más próximos y, según se avanza en el grado de separación, disminuye la relación y la confianza<sup>539</sup>.

---

<sup>538</sup> *Estudio sobre privacidad de los Datos Personales y la Seguridad de la Información en las Redes Sociales Online* elaborado por el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO), 2009, p. 7.

<sup>539</sup> Seis grados de separación es una teoría que intenta probar el dicho de “el mundo es un pañuelo”. El concepto está basado en la idea de que el número de conocidos crece exponencialmente con el número de enlaces en la cadena, y sólo un pequeño número de enlaces son necesarios para que el conjunto de conocidos se convierta en la población humana entera. Recogida también en el libro “*Six Degrees: The Science of a Connected Age*” del sociólogo Duncan Watts, y que asegura que es posible acceder a cualquier persona del planeta en tan sólo seis “saltos”. Vid. *Estudio sobre la privacidad de los datos personales...*, ob. cit., p. 34.

### **CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

Desde el ámbito jurídico, el Grupo de Trabajo sobre protección de datos del Art. 29(GD T29) en su Dictamen 5/2009<sup>540</sup>, define las redes sociales como plataformas de comunicación en línea que permiten a los individuos crear redes de usuarios que comparten intereses comunes. Por consiguiente, las redes sociales son servicios de la sociedad de la información, conforme al art. 1.2 Directiva 98/43/CE, y se las puede calificar como nuevos entornos de comunicación y de relación on line, que por sus especiales funcionalidades han tenido un éxito arrollador y son necesarios para la sociedad.

Por la mayor parte de la doctrina, GIL ANTÓN<sup>541</sup>, ARENAS RAMIRO<sup>542</sup>, HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ y RAMÓN FERNÁNDEZ<sup>543</sup> o MORILLAS FERNÁNDEZ<sup>544</sup>, definen con carácter amplio y general las redes sociales on line como aquellos servicios de la sociedad de la información que ofrecen a los usuarios una plataforma de comunicación a través de Internet para que estos generen un perfil con sus datos personales, facilitando la creación de redes en base a criterios comunes y permitiendo la conexión de unos usuarios con otros. En cambio, MONSORIU FLOR<sup>545</sup> la califica de manera más restrictiva como plataformas web que permite a los usuarios crear su propio perfil y poder hacerlo público o semipúblico.

En nuestra Jurisprudencia, se define Internet como una red de redes con un impacto o resultados ambivalentes donde concurren varios niveles o, como se ha

---

<sup>540</sup> De fecha 12 de junio de 2009, p. 5.

<sup>541</sup> GIL ANTÓN, A. M., "La privacidad del menor en Internet", *R.E.D.S.* Nº 3, septiembre-diciembre, 2013, p. 76.

<sup>542</sup> ARENAS RAMIRO, M., "Las redes sociales, ¿un virus sin cura? Las ventajas y los problemas para sus usuarios". *Datos personales.org: La revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, nº. 43, 2010, pp. 1-3.

<sup>543</sup> HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A., y RAMÓN FERNÁNDEZ, F., "El derecho a la propia imagen de los menores en los medios de comunicación y redes sociales", *Revista de derecho y nuevas tecnologías*, nº 20, 2009-2, pp. 19-36.

<sup>544</sup> MORILLAS FERNÁNDEZ, M., "La protección jurídica del menor en las redes sociales", *Revista Constitucional*, nº 112, 2010, pp. 361-380.

<sup>545</sup> MONSORIU FLOR, M., *Manual de Redes Sociales en Internet*. Creaciones Copyright, Madrid, 2009, p. 240.



dicho, capas superpuestas, entre las que se distribuyen o reparten las funciones habituales de la comunicación. Desde la capa más alta, aplicación, que genera los datos a transmitir y los pone a disposición del inmediato inferior, para después los datos resultantes viajar a través de la red, hasta llegar a los clientes o usuarios a través del navegador www., siendo los contenidos ofrecidos por los servidores estructurados en unidades de visualización denominadas páginas, varias de las cuales pueden relacionarse entre sí formando una entidad denominada *web vite*; constituyendo los servidores de nombre dominio una red jerárquica. Lo expuesto, ya revela los obstáculos para identificar las fuentes o identificar los contenidos y consecuentemente la dificultad en la capacidad de control, al ser un medio de comunicación descentralizado, con la consiguiente ausencia de un emisor único, con la dificultad de controlar, en ocasiones, la información que accede a la red<sup>546</sup>.

Respecto a los criterios de clasificación de las redes sociales, pueden catalogarse por sus fines: en generalistas o de ocio, corporativas y educativas: A) Redes sociales generalistas o de ocio cuyo objetivo principal radica en el hecho de facilitar y potenciar las relaciones personales entre los usuarios que las componen<sup>547</sup>. Las redes sociales generalistas a su vez se subdividen en: 1. Plataformas de intercambio de contenidos e información: Son aquellas en las que se pone a disposición de los usuarios herramientas gratuitas para compartir y publicar contenidos multimedia, imágenes, vídeos principalmente. Los posibles riesgos son la salvaguarda del derecho a la propia imagen de los ciudadanos, pues en dichos contenidos multimedia aparecen terceros ajenos, en muchas ocasiones en su ámbito doméstico o familiar, que no han prestado consentimiento para la cesión de su imagen<sup>548</sup>. 2. Redes sociales basadas en perfiles: Son las más utilizadas por los usuarios. Redes como Facebook, Tuenti, Wamba, Orkut, etc. Tienen muchísimas

---

<sup>546</sup> SAP Madrid nº50/2006 de 6 de febrero, fundamento jurídico 7º (AC 2006,188).

<sup>547</sup> *Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información...* ob. cit., p. 40.

<sup>548</sup> MORENO NAVARRETE, M. A., "Aspectos Jurídico privados de las tecnologías Web.2.0" en *La protección jurídica de la intimidad*, (Dir. J. BOIX REIG y Coord. A. JAREÑO LEAL), Iustel, Madrid, 2010, p. 342.

**CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR,  
INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS  
TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

funcionalidades y aplicaciones anexas<sup>549</sup>. El usuario se inicia con la cesión consentida de sus datos personales, a partir de ahí, se une a una comunidad basada en amigos o familiares directos, pronto el usuario es llamado a unirse con otros usuarios que tienen algo en común con él (estudios, amigos de otros usuarios, grupos, ideología, etc.), y todo ello, de forma exponencial hasta el punto de que habría que cuestionarse dónde está el final de la red. En este proceso, el usuario sube comentarios propios o comenta los de otros, fotografías, o hace test sobre muchísimas cuestiones, que generan, valiosa información del perfil del usuario, desde estatus social hasta gustos, aficiones, entorno de amistades, etc. 3. Redes de microblogging o nanoblogging: Es una plataforma que permite a los usuarios introducir breves “post”, o mensajes en el contexto de los foros o blogs en Internet, en una red social a través de dispositivos móviles. De esta forma, los usuarios de la comunidad, que previamente lo hayan aceptado, reciben dichos mensajes conociendo todo tipo de perfiles de los usuarios debido a que al tratarse de post breves, la información está muy resumida y con alto contenido informativo. Es el caso por ejemplo de las Plataformas como Twitter o Yammer. Este tipo de redes basan su servicio en la actualización constante de los perfiles de los usuarios mediante pequeños mensajes de texto, que no superan los 160 caracteres. Esto permite poner a disposición del resto de usuarios información clara, concisa, sencilla y rápida, sobre las actividades que se están realizando en ese momento, impresiones, pensamientos, publicaciones, etc.<sup>550</sup>. B) Redes sociales con contenido profesional: Se configuran como nuevas herramientas de ayuda para establecer contactos profesionales con otros usuarios. Entre ellas, puede distinguirse a su vez en redes abiertas de profesionales o corporativas. En las primeras, su ingreso y actividad está abierta al público en general. Las segundas, son cerradas a los

---

<sup>549</sup> Este tipo de servicio es el más utilizado en Internet, por encima de cualquier otro tipo de red social y es además el más representativo dentro del grupo de redes sociales de ocio. redes permite que ofrezcan cada vez un mayor número de posibilidades, lo que unido a su idiosincrasia está sustituyendo, como ya se ha comentado, el uso de herramientas de comunicación tradicionales en Internet. Este tipo de redes, con frecuencia, se encuentra dirigido a temáticas concretas, creando grandes comunidades de usuarios con altos niveles de especialización en determinados temas, convirtiéndose en grandes fuentes de información y conocimiento. *Estudio sobre la privacidad de los datos personales...* ob. cit., p. 42.

<sup>550</sup> *Estudio sobre la privacidad de los datos personales...*, ob. cit., p. 42.

miembros de una compañía o grupo empresarial o de la administración pública. Es el caso de webs como Xing o LinkedIn. C) Redes sociales de uso educativo: Son aquellas cuyo fin es ser un instrumento educacional más en el ámbito de que se trate, ya sea universitario, en la educación secundaria, de investigación, etc.

### **2.3. EL USO DE LOS NUEVOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN POR PARTE DEL MENOR**

Manifiesta AVILÉS que la “brecha digital” es la separación que existe entre las personas que utilizan las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC) como una parte rutinaria de su vida diaria, de aquellas que no tienen acceso a las mismas y que aunque las tengan, no saben cómo utilizarlas<sup>551</sup>. En definitiva, no es otra cosa que el reflejo de la brecha social en el mundo digital que enfrenta a dos generaciones, los nativos y los inmigrantes digitales. Una brecha que deja al margen de las nuevas tecnologías a muchas personas mayores en favor de aquellas que ha crecido “en paralelo”, con dispositivos digitales y que ya no se puede entender el mundo sin ellos. En la cual, se diferencia entre los que se criaron con los libros y los profesores tradicionales, y los que manejan con total naturalidad ordenadores, *tablets* o *smartphones*. Actualmente la mayoría de los niños, adolescentes y jóvenes actuales que tienen acceso a la red (Internet, móviles, etc.) son los actuales nativos digitales, porque reúnen una serie de características propias que les diferencian de las generaciones precedentes, son interactivos, multifuncionales y multitareas. Se trata de una generación creativa que produce sus propios contenidos, crean sus propios lenguajes, son especialistas en la socialización, tienen cientos de “amigos” con quienes hablan y comparten confidencias en redes sociales, en medio de una partida de sus juegos on line preferidos, o a través de los programas de mensajería instantánea instalados en sus teléfonos móviles de última generación. Por lo tanto, son realmente “nativos digitales”, verdaderos expertos en “maquinitas y aparatos varios”, gozan del

---

<sup>551</sup>AVILÉS, A.P., “Xred más segura. Informando y educando v 1.0”, <http://www.safecreative.org/work.2013>, pp. 57-177.

### CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

---

control absoluto de las nuevas tecnologías y de sus herramientas, ¡ellos han inventado “el Internet”!.

Por el contrario, los “inmigrantes digitales”, no se enteran “de la misa a la mitad”, no tienen ni idea de *Tuentis, facebús o jabús*. Esa es la opinión que tienen los hijos del conocimiento de los padres en las nuevas tecnologías y esa es precisamente la idea que hay que quitarles de la cabeza. Para ello, hay que empezar por “educarnos” nosotros mismos para acabar con la llamada “brecha digital” entre padres e hijos, y ser conocedores de los peligros a los que éstos se pueden enfrentar en el mundo virtual, al igual que conocemos los peligros que les acechan en el mundo real.

En ese sentido, TRONCOSO REIGADA en su intervención sobre redes sociales en la Conferencia Europea de Protección de Datos celebrada en Edimburgo el 24 de abril de 2009<sup>552</sup>, argumentó que todas aquellas personas nacidas después de 1995 son conocidas como “digital babies o digital natives”<sup>553</sup>(o pertenecientes a la digital generation), un término que acuñó el tecnólogo MARC PRENSKY en 2001 para definir a aquellas personas que no han conocido -ni conciben- un mundo sin Internet y sin telefonía móvil. Asimismo, añadió que el mundo de las redes sociales comporta un cambio sociológico y “no cabe poner puertas al campo”, es decir, no se puede excluir a los menores de la nueva realidad en la que viven y considera que aislar a un hijo de las redes sociales, prohibírselas, es condenarle al desarraigo<sup>554</sup>. Y sobre todo en el caso de aquellos nativos digitales que dan más importancia a la vida virtual que a la vida física, ya que entienden que la importancia social la adquieren por el número de amigos en las redes y no en la realidad.

---

<sup>552</sup> TRONCOSO REIGADA, A., *La protección de datos personales. En busca del equilibrio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 1687.

<sup>553</sup> Sobre el concepto de digital natives, vid. MARKBAUERLEIN, *The Dumbest Generation: How the Digital Age Stuperfies Young Americans and Jeopardizes Our Future (Or Don't Thust anyone Ander 30)*, Tarcher, 2008. La George Lucas Foundation está desarrollando un interesante proyecto sobre la generación digital. Accesible en <http://www.edutopia.org/digital-generation>.

<sup>554</sup> TRONCOSO REIGADA, ob. cit., p. 1691.

La consecuencia del carácter de “nativos digitales”, es que las TIC han acabado con el monopolio de los adultos como referencia y principal fuente de información para los menores<sup>555</sup>. Se ha alterado la jerarquía tradicional que atribuía la posesión de todo conocimiento o del conocimiento del nivel superior a los adultos ya que los menores pueden obtener a través de canales múltiples e incorporarla a su acervo particular en un proceso de reproducción interpretativa<sup>556</sup>.

Ahora bien, el uso de Internet por los menores de edad nos lleva al siguiente debate doctrinal ¿se debe prohibir o no? La mayoría de autores como GIL ANTÓN<sup>557</sup> o MARTÍNEZ OTERO, opinan que más que prohibir o evitar el uso de las nuevas tecnologías a nuestros menores, dadas las múltiples ventajas que están conllevan para el conocimiento, el saber y la comunicación, lo que se debe es trabajar en la concienciación y educación sobre las mismas y ofrecerles herramientas para la protección de la propia privacidad, teniendo en cuenta que nos encontramos en un mundo global del que los menores no pueden estar al margen, pues generaría una especie de desarraigo. En una línea similar, MARCO MARCO<sup>558</sup> considera que las tecnologías de la información y la comunicación han transformado el estilo de vida de la sociedad, en general, y el de los menores -en particular- convirtiéndose en verdaderos agentes de penetración y alfabetización tecnológica en los hogares. Por el contrario, VILASAU SOLANA<sup>559</sup> es un tanto escéptica en la eficacia del terreno de la educación y formación en Internet y pone como ejemplo el caso de España, en donde a pesar de que la población declara sentirse preocupada por la privacidad, parece que esta inquietud se diluye un poco cuando el sujeto accede a un entorno virtual. Sobre todo, porque después de manifestar la preocupación por la privacidad, gran parte de los internautas reconocen que no leen las políticas de privacidad de las páginas web

---

<sup>555</sup> BARTOLOMÉ TUTOR, ob. cit., p. 270.

<sup>556</sup> GAITÁN, L, “Ser niño en el siglo XXI”, en *Cuadernos de pedagogía*, nº 407, diciembre, 2010, p.13.

<sup>557</sup> GIL ANTÓN, ob. cit., p. 65.

<sup>558</sup> MARCO MARCO, J. J., “Menores, ciberacoso y los derechos de la personalidad” en *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidación, la integridad y la libertad sexual en Internet*, (Coord. J. GARCÍA GONZÁLEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 50.

<sup>559</sup> VILASAU SOLANA, M., “Privacidad, redes sociales y el factor humano” en *Derecho y redes sociales*, (Coords. A. RALLO LOMBARTE y R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ), Civitas, Navarra, 2010, p. 74.

**CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR,  
INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS  
TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

que visitan. Incluso, CASTILLO JIMÉNEZ<sup>560</sup> llega a considerar Internet una pesadilla jurídica internacional como consecuencia de la difusión sin fronteras temporales ni espaciales de informaciones.

La cuestión es que cada vez se utiliza más Internet por los menores como se acredita en la encuesta realizada en el Plan Director para la Convivencia y Mejora de la Seguridad en los Centros Educativos y sus Entornos para 2014-2015<sup>561</sup>, publicado recientemente en un Artículo titulado “La protección de los menores en el ciberespacio tiene que ser una prioridad de administraciones, padres y educadores” de fecha 30 de octubre de 2014, en la cual se concluye que casi un 60% de los menores entrevistados usa Internet a diario y la frecuencia de uso más habitual es “entre una y dos horas”. Su frecuencia de uso aumenta con la edad: en el caso de los mayores de 15 años, el porcentaje de los que utilizan Internet todos los días se eleva hasta el 83%. El uso de redes sociales y e-mail en el caso de los mayores de 15 años, se sitúa por encima del 90%. Además, dos de cada tres sube fotos, ve vídeos y comparte música a través de Internet, porcentaje que se eleva hasta el 80% en el caso de los mayores de 15 años, siendo inferior al 35% en el caso de los menores de 12 años. Dos de cada tres menores tiene perfil en las redes sociales, y de ellos un tercio tiene incluso más de uno. Un tercio de los contactos que tienen los menores por Internet son con desconocidos. Y cerca de la mitad de los mayores de 12 años (42%), han tenido contacto a través de Internet con alguien a quien no han conocido cara a cara.

Por mi parte, es evidente que el acceso a Internet es un derecho fundamental de la persona, ahora bien, deben existir límites en su uso para los menores de edad, pues cualquiera puede comprender la creciente preocupación de los padres sobre el empleo de Internet que hacen sus hijos de tal forma que no conlleve aparejada la

---

<sup>560</sup> CASTILLO JIMÉNEZ, C., “Protección del derecho a la intimidad y el uso de las nuevas tecnologías de la información”, *Derecho y conocimiento*, vol. 1, Facultad de Derecho, Universidad de Huelva, [www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC01/A02.pdf](http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC01/A02.pdf), pp. 36-48.

<sup>561</sup> Artículo publicado en fecha 30 de octubre de 2014. Disponible en <http://diariodigitaldeLeon.com>.

vulneración de sus derechos al honor, intimidad, imagen y sus datos de carácter personal, que está aumentando exponencialmente. Por lo que considero que, además de una regulación legal y un control judicial, son necesarias fórmulas específicas de defensa con las que se pueda minimizar los posibles riesgos, al tiempo que nos debemos concienciar sobre la propia privacidad<sup>562</sup>.

## **2.4. EL CAMBIO DEL CONCEPTO DE INTIMIDAD Y PRIVACIDAD EN LOS MENORES NATIVOS DIGITALES**

La existencia de las llamadas redes sociales en la Red, trae consigo un cambio de paradigma del concepto de intimidad, al dejar de ser una esfera de reserva sustraída al conocimiento de los demás, para convertirse en un perfil donde las personas y más concretamente los menores, exteriorizan de forma voluntaria su personalidad y facilitan datos personales, para construir un nuevo concepto opuesto a la intimidad: el de la “extimidad”.

Si hasta hace poco, la mayor parte de la problemática relativa al derecho de la intimidad se centraba en la colisión con el derecho de información y libertad de expresión que originaban los tradicionales medios de comunicación, prensa, radio o televisión. En la actualidad, Internet y las redes sociales son los medios de comunicación más nocivos cuando lesionan este derecho dada su mayor y más rápida difusión e impacto.

Con la aparición de las TIC, surgen nuevas maneras de injerencia en el derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1º CE como derecho fundamental. Ya que cada vez que navegamos por la Red (visualizamos publicidad, la prensa, descargamos una película de vídeo, música o visitamos una página web) dejamos un rastro con una información valiosísima, que desvela sin duda nuestra vida privada. Y ello, es debido a que proporcionamos una serie de datos que se recogen, almacenan y controlan como

---

<sup>562</sup> GIL ANTÓN, ob. cit., p. 67.

### **CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

son nuestro nombre, preferencias, dirección o ideología, etc. que permiten conocer a las empresas las preferencias de los potenciales consumidores a la hora de hacerles llegar una publicidad determinada<sup>563</sup>, y todo ese control se prolonga en el tiempo, sin que la persona afectada se dé cuenta de ello.

Por consiguiente, no podemos ser ajenos a este nuevo fenómeno, que supone un cambio de paradigma en el derecho a la intimidad. Debemos ser conscientes que las redes sociales no son solo las que conocemos como Facebook, Twitter o Tuenti. Sino, que además hay que añadir otra nueva forma de comunicación y de interrelación cuya regulación y funcionamiento no conocemos o controlamos adecuadamente, como son las aplicaciones Whatsapp, Line, Hangouts, Twoo y algunas más vinculadas a los smartphone<sup>564</sup>, Ipad, Iphone<sup>565</sup>. Desde las cuales, los menores y nosotros mismos nos comunicamos e interactuamos en tiempo real, sin ningún tipo de reparo, a pesar de que las medidas de seguridad disponibles son menos seguras, permitiendo hacer público lo privado.

Actualmente, existe un debate vigente y polémico sobre los conceptos de intimidad y privacidad en Internet, que sin duda conviene aclarar de cara al estudio del derecho a la protección de datos de carácter personal del menor, pues la mayor parte de la doctrina, como DE URBANO CASTRILLO<sup>566</sup>, DE PRIEGO FERNÁNDEZ<sup>567</sup> o

---

<sup>563</sup> VILASAU SOLANA, M., "Derecho a la intimidad y protección de datos personales", en *Derecho y nuevas Tecnologías*, Uoc, Barcelona, 2005, pp. 93-95.

<sup>564</sup> Se denomina smartphone a los dispositivos que, partiendo de la funcionalidad de un simple teléfono móvil, han evolucionado hasta estar más cerca en la actualidad de un ordenador personal portátil. Es normal hoy en día que este tipo de teléfonos dispongan de agenda, GPS, reproductor de vídeos y música, amplias opciones de conectividad y unas funcionalidades que hace unos años eran impensables para este tipo de dispositivos.

<sup>565</sup> *Estudio sobre seguridad en dispositivos móviles y smartphone*, realizado por INTECO, diciembre 2012. Disponible en <http://observatorio.inteco.es>

<sup>566</sup> DE URBANO CASTRILLO, E., "Derechos de la personalidad e Internet", *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 9, 2010, p. 2.

<sup>567</sup> DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V., "La protección jurídica del derecho a la intimidad de los menores en la red" en *Los Derechos de la personalidad de los menores en las nuevas tecnologías*, (Dir. E. JORDÁ CAPITÁN y V. DE PRIEGO FERNÁNDEZ), El Derecho, Madrid, 2012, p. 48.



ABAD<sup>568</sup> están a favor de deslindar el concepto de intimidad de vida privada. A sensu contrario, MARTÍNEZ MARTÍNEZ<sup>569</sup>, quien reflexiona que para entender el concepto de privacidad hoy es fundamental partir de que vivimos en un mundo digital, pues mientras que para nuestros padres, abuelos, privacidad e intimidad eran una misma cosa, es decir, “intimidad” era ese conjunto de hechos, sentimientos, relaciones que acontecían en el seno del domicilio en el ámbito de las relaciones más cercanas, padres, madres, amigos. Ahora, con la llegada de las TIC aparece un concepto bastante más amplio denominado “privacidad” que se refiere a la capacidad de información o al conjunto de información que adecuadamente tratada puede revelar aspectos de nuestra vida privada. Pero es necesario poner de relieve que los menores no tienen la misma noción de privacidad que los adultos, pues hasta ciertas edades, son personas que están creciendo, madurando y aprendiendo y por tanto, están abiertos a nuevas experiencias y a compartir. A medida que se van haciendo adolescentes, la noción de privacidad y de secreto alcanza cada vez un mayor grado de intensidad en lo que se refiere a la manifestación de aspectos íntimos, y en particular, a relaciones personales. De hecho, la privacidad es una barrera frente a los adultos que les permite desarrollar su propia personalidad. Cuestión diferente es que en Internet este concepto de privacidad sea más difuso y difícil de entender para un adolescente o para un niño, ya que probablemente, el concepto de privacidad que manejan es el antiguo. Por su parte, MORALES PRATS considera que la intimidad evoluciona y pasa a incluir igualmente un derecho de control sobre los datos personales que circulan en la sociedad

---

<sup>568</sup> ABAD, L., “La lucha por la intimidad en Internet”, *www.ucm.es7info/cyberlaw/actual/9/leg04-09-01.htm*, p.1, menciona las dos teorías que, principalmente, han reflexionado sobre la relación entre intimidad y vida privada. La primera de ellas es la teoría del mosaico, conforme a la cual cualquier vivienda considerada aisladamente carece de valor o de significado por sí misma, ya que esto solo se alcanza en combinación con otras que funcionan como las teselas de un mosaico, dando aquí como fruto una perspectiva de la vida privada de cada persona atendiendo a sus particulares circunstancias. La segunda es la teoría de los círculos concéntricos o las tres esferas, que surge de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán el cual hace referencia a la Intimisphäre (esfera íntima), que se refiere a lo más secreto del individuo.; Privastphäre (esfera privada), similar a la privacy anglosajona, y es por tanto similar a nuestro concepto de intimidad, conteniendo la vida privada, las relaciones familiares y personales; y por último, la Individualspäre (esfera individual), que es lo referente a aquellos asuntos ligados a la intimidad pero incluidos dentro de ella, como el honor o la propia imagen. De este modo, la esfera de la intimidad está rodeada por la esfera de la vida privada y todo lo que queda fuera de ella constituye la vida pública.

<sup>569</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., Presidente de la Asociación Profesional Española de privacidad, entrevista de fecha 16 de julio de 2013, ¿Son los menores conscientes de que lo que plasmen hoy en Internet de algún modo queda para siempre?, <https://es-es.Facebook.com/.../posts/531689413553053>.

### CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

---

tecnológica. El desarrollo de redes sociales ha dejado pequeño el concepto de intimidad y considera que va mutando el contenido del bien jurídico de la intimidad y las facultades jurídicas que derivan del mismo al compás del desarrollo tecnológico. De manera que, el entendimiento actual de la intimidad ha desbordado el contenido clásico de este bien jurídico<sup>570</sup>. En definitiva, la privacidad es un concepto más amplio, que comprende la intimidad pero que va más allá en Internet, siendo definida por la RAE como “*El ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión*”. Desde esa óptica, la privacidad tiene carácter subjetivo, decidiendo cada persona que parcela de su vida desea compartir y cual salvaguardarse.

Por lo tanto, es obvio que el concepto de privacidad e intimidad entre los nativos digitales están cambiando, aunque sin embargo hemos de ser conscientes que son requisitos necesarios para mantener una mínima calidad de vida<sup>571</sup>. Pero es que además, actualmente la evolución del concepto de intimidad (en su esfera más restringida) y de privacidad (esfera más externa) no solo es como consecuencia de la red, sino también de la nueva percepción que tienen los menores de este derecho y sus facultades, por lo que surge un nuevo concepto, el de “intimidad informática”, definido por GARCÍA GONZÁLEZ, como la protección del individuo frente a la recogida, almacenamiento, utilización y la transmisión de datos personales<sup>572</sup>.

Si lo anterior se pone en relación con el menor de edad y su disposición a volcar de manera más o menos inconsciente todo su perfil en la Red, la situación se complica. Toda vez, que el verdadero problema en la tutela de la “intimidad informática” reside en ¿cómo proteger a quien voluntariamente desvela su intimidad en la Red, ya sea por ignorar la relevancia de sus actos aislados, o porque no puede evitar su monitorización por Internet? Difícil respuesta sobre todo en lo que a la

---

<sup>570</sup> MORALES PRATS, F., “Internet y riesgos para la intimidad”, *Cuadernos del Poder Judicial*, nº 10, 2001, pp. 63-81.

<sup>571</sup> TRONCOSO REIGADA, ob. cit., p. 1693.

<sup>572</sup> GARCÍA GONZÁLEZ, J., *Ciberacoso. La tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, p. 114.

primera parte se refiere, pues el volcado de datos en la Red se realiza de forma voluntaria, y por lo tanto, el acceso a los mismos por parte de otras personas es lícito en principio. Redes sociales y privacidad son dos realidades no muy bien avenidas según PIÑAR MAÑAS<sup>573</sup>. Sin embargo, la vida actual empieza a ser impensable sin unas y otras. Pues mientras que los mayores no somos capaces de adaptarnos a una situación en la que nos vemos obligados a movernos, los jóvenes se encuentran en ella como pez en el agua, precisamente porque es su entorno natural y parte integrante de ese entorno natural son las redes sociales. Pero lo cierto es, que no identifican los riesgos que suponen las redes sociales para su privacidad, sobre todo porque en la mayoría de los casos son los menores los que otorgan ellos mismos su consentimiento. Ese consentimiento tiene un papel fundamental en los distintos usos que se dé a sus datos en el entorno on line<sup>574</sup>. Por ello, la cuestión no es fácil de ventilar cuando se trata de menores de edad que están en pleno desarrollo, pues ser menor no elimina el derecho de la persona a su autodeterminación y al libre desarrollo de su personalidad, de manera que los padres y poderes públicos deberán respetar la personalidad del menor cuando tomen decisiones que les afecten<sup>575</sup>.

Por parte de nuestros adolescentes y jóvenes (a partir de catorce años), es habitual que sean ellos mismos los que vuelquen datos, imágenes y experiencias personales en la Red, generando un perfil público de la propia persona y compartiendo a menudo información sensible para la privacidad, incluidas sus fotografías o de familiares, amigos o colegas, que conlleva poder recabar sin esfuerzo todo tipo de información sobre ellos mismos y claro está sus rostros, gestos, posturas, formas de comportarse, y otras que sin ser realmente conscientes, determinan que quede al desnudo su propia persona, sin perjuicio de la clara identificación inherente. Con ello, aparece el concepto de “identidad digital”, que está formada por todo aquello

---

<sup>573</sup> PIÑAR MAÑAS, J. L., “El derecho fundamental a la protección de datos y la privacidad de los menores en las redes sociales” en *Redes Sociales y privacidad del menor*, (Dir. J. L. PIÑAR MAÑAS), Reus, Madrid, 2011, p. 16.

<sup>574</sup> CASTELLÓ MARTÍNEZ, A., “Ética en publicidad Online”, Fonseca, *Journal of Communication*, nº1, p. 223.

<sup>575</sup> ABA CATOIRA, A., “Los menores ante Internet: las redes sociales”, [www.js-e.cat/site/arxiu/pdfs/Ana-M-Aba-Catoira-PONENCIAS.pdf](http://www.js-e.cat/site/arxiu/pdfs/Ana-M-Aba-Catoira-PONENCIAS.pdf).

### CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

---

que Internet sabe de sus usuarios. Si bien, es cierto que cualquier usuario controla los contenidos que quiere publicar, no siempre valora a priori las implicaciones que la exposición al público de auténticas identidades digitales conlleva<sup>576</sup>. La identidad digital es como la identidad real, pero en Internet. El problema viene cuando el usuario se da cuenta de que Internet sabe de él mucho más de lo que se pensaba. Y ello, es fácil comprobarlo con una simple búsqueda del nombre en Google. Los menores también tienen una identidad digital, a veces incluso antes de haber utilizado Internet. Está formada, no sólo por lo que los usuarios suben a Internet, sino también por todo lo que otros publican sobre los menores: familiares, amigos, colegios, asociaciones, etc. En ese sentido, un Estudio realizado por la Universidad Internacional de Rioja (UNIR) en julio del 2013, sobre “El uso de Internet y las redes sociales de los adolescentes españoles de 12 a 18 años”, dirigido por IBAÑEZ-MARTÍN<sup>577</sup>, concluye que el 34,2 % de los menores encuestados afirman que cuentan cosas de ellos mismos a su familia en Internet, y más de la mitad de los adolescentes españoles encuestados admiten que o bien no han pensado o que no consideran probable que lo que escriben en la Red tenga consecuencias para el futuro.

En España, casi 26 millones de personas forman parte de alguna de las llamadas comunidades virtuales, con un crecimiento continuado del 20% anual y la mayoría son menores de edad. Esta manifestación ha llevado a crear, lo que los expertos llaman “extimidad”, concepto de origen lacantino, que se integraría con los contenidos-perfiles personales, datos, imágenes, opiniones, creencias, etc. que las personas hacen públicos mediante su integración en la red social. Descrito por SIBILA, así “Primero fue el correo electrónico, una poderosa síntesis entre el teléfono y la vieja correspondencia, que sobrepasaba claramente las ventajas del fax y se difundió a toda velocidad en la última década, multiplicando al infinito la cantidad y la celeridad de los

---

<sup>576</sup> CAMPUZANO TOMÉ, ob. cit., p. 25.

<sup>577</sup> IBAÑEZ-MARTÍN, J. A., “Estudios sobre retos éticos-pedagógicos en entornos virtuales. Análisis de la realidad y propuestas educativas”, UNIR, julio de 2013. Disponible en [www.menoreseninternet.com/descargas/resultados\\_estudio\\_UNIR\\_GDI.pdf](http://www.menoreseninternet.com/descargas/resultados_estudio_UNIR_GDI.pdf).

contactos. Enseguida se popularizaron los canales de conversación o chats, que rápidamente evolucionaron en los sistemas de mensajes instantáneos del tipo MSN o Yahoo Messenger, y en las redes sociales como MySpace, Orkut y Facebook. Estas novedades transformaron a la pantalla de la computadora en una ventana siempre abierta y conectada con decenas de personas al mismo tiempo. Jóvenes de todo el mundo frecuentan y crean este tipo de espacios. Más de la mitad de los adolescentes estadounidenses, por ejemplo usan habitualmente esas redes. MySpace es la favorita, con más de cien millones de usuarios en todo el planeta, crece a un ritmo de trescientos mil miembros por día. No es inexplicable que este servicio haya sido adquirido por una poderosa compañía mediática multinacional, en una transacción que involucró varios centenares de millones de dólares. Otra vertiente de este aluvión son los diarios íntimos publicados en la web, para cuya confección se usan palabras escritas, fotografías y vídeos. Son los famosos weblogs, fotologs y videologs, una serie de nuevos términos de uso internacional cuyo origen etimológico remite a los diarios de abordaje mantenidos por los navegantes de otrora. Es enorme la variedad de estilos y asuntos tratados en los blogs de hoy en día, aunque la mayoría sigue el modelo confesional del diario íntimo. O mejor dicho: diario éxtimo, según un juego de palabras que busca dar cuenta de las paradojas de esta novedad, que consiste en exponer la propia intimidad en las vitrinas globales de la red. Los primeros blogs aparecieron cuando el milenio agonizaba; cuatro años después existían tres millones en todo el mundo, y a mediados de 2005 ya eran once millones. Actualmente, la blogosfera abarca unos cien millones de diarios, más del doble de los que hospedaba hace un año, según los registros del banco de datos Tecnorati. Pero esa cantidad tiende a duplicarse cada seis meses, ya que todos los días se engendran cerca de cien mil nuevos vástagos, de modo que el mundo ve nacer tres nuevos blogs cada dos segundos”.

En virtud de todo lo expuesto, opino que actualmente privacidad e intimidad no son términos sinónimos, la primera tiene un ámbito más amplio que engloba la intimidad, especialmente en el caso de los menores. Pero es que además, comparto la idea recogida por algunos autores del debilitamiento del concepto de “intimidad”

**CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR,  
INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS  
TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

debido a que ellos mismos exponen información e imágenes sobre su vida personal de forma voluntaria en las nuevas tecnologías. Lo que nos lleva a la necesidad en la práctica de que se produzca una “redefinición” del citado concepto y de los delitos que pueden ir aparejados a una posible vulneración de la intimidad. Pues, como acertadamente manifiesta el Fiscal de delitos informáticos de Granada HERNÁNDEZ GUERRERO, “Si la víctima se ha dejado la puerta abierta, existe delito pero no será igual de grave”. Por ello, es necesario concienciar a los jóvenes en la idea de “Lo que es ilegal en el mundo real también es ilegal en Internet” con el fin de establecer “Lo que está bien y lo que está mal” sea cual sea el soporte en el que se desarrolle. Ya que muchas veces ocurre que los padres encuentran una foto de su hijo/a en Internet y tras una investigación se determina que la imagen fue tomada y enviada de forma voluntaria por el propio menor, lo que hace que legalmente no se pueda actuar<sup>578</sup>.

### **3. LOS PRINCIPALES RIESGOS PARA EL MENOR DERIVADOS DEL USO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS**

#### **3.1. ESTADO DE LA CUESTIÓN**

Nuestra sociedad actual ha sido definida por el sociólogo ULRICH BECK como “la sociedad del riesgo”. El riesgo, constituye un ingrediente ineliminable de las formas de vida de las sociedades tecnológicamente avanzadas y, en cierto modo, representa el reverso negativo de los aspectos positivos del desarrollo.

Los nuevos medios de comunicación tienen un marcado protagonismo en el ocio de los menores, concretamente los videojuegos, los dispositivos móviles, Internet y las redes sociales. Al respecto, hay que hacer dos connotaciones: En primer lugar,

---

<sup>578</sup> OROZCO PARDO, G., “Intimidad, privacidad, “extimidad” y protección de datos del menor. ¿Un cambio de paradigma?” en *La Protección Jurídica de la intimidad*, (Dir. J. BOIX REIG y Coord. A. JAREÑO LEAL), Iustel, Madrid, 2010, pp. 393-394.

son medios fundamentalmente interactivos que requiere de la actividad del menor de edad, de su implicación en el proceso comunicativo, a diferencia de la radio, cine o televisión que son medios pasivos. El menor ya no es un receptor pasivo frente a la pantalla televisiva, sino que con su actitud construye su entorno mediático, toma decisiones, se implica éticamente<sup>579</sup>. En segundo lugar, su uso es más fácil para los menores al haber nacido en la llamada era digital, enfrentándose a ellos con más pericia e intuición que los mayores de edad, los educadores, sin que sean capaces de igualarlos, lo que hace difícil de manera importante que padres y profesores puedan educar a los menores en el uso de unos medios de comunicación que en muchos casos apenas pueden entender<sup>580</sup>.

La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)<sup>581</sup> informa que los riesgos de los menores derivados del uso de teléfono móvil, Internet y las redes sociales, están directamente relacionados con el acceso a contenidos publicados de carácter inapropiado: la posibilidad de entablar contacto on line, e incluso presencialmente, con usuarios malintencionados, la proliferación de información personal gráfica de los menores publicada por ellos mismos o por terceros con desconocimiento de los riesgos asociados.

### 3.2. RIESGOS POR EL USO DE DISPOSITIVOS MÓVILES

La telefonía móvil ha supuesto una revolución en el campo de la comunicación y el ocio. En una sociedad como la española del siglo XXI, con más de 52 millones de líneas de teléfono móvil y 112,7 líneas por cada 100 habitantes, parece difícil imaginar cómo era la vida sin estos dispositivos, que por cierto, en nuestro país fueron adoptados masivamente no más de 15 años.

---

<sup>579</sup> DEL PORTILLO GARCÍA, A., "La hipnosis de las pantallas: reflexiones ante un posible despertar del telespectador", *Comunicar: Revista científica iberoamericana de comunicación y educación*, nº. 25, 2, 2005, CD-ROM.

<sup>580</sup> PISCITELLI, A., "Nativos e inmigrantes digitales ¿Brecha generacional, brecha cognitiva, o las dos juntas y más aún?", *Revista mexicana de investigación educativa*, nº. 28, 2006, pp. 179-185.

<sup>581</sup> *Estudio sobre la privacidad de los datos personales...* ob. cit., p. 87.

### **CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

El uso del teléfono móvil, nacido como una herramienta de comunicación personal, hoy día trasciende con aquel para el cual fue concebido inicialmente. A la realización de llamadas de voz y envío y recepción de mensajes de texto (SMS) se añaden otros usos asociados al ocio, como realizar fotos y vídeos y difundirlos entre contactos y amigos, jugar, escuchar música o conectarse a Internet. La extensión de la telefonía móvil ha alcanzado a todos los sectores de la población, incluidos los más jóvenes. Hoy en día, es frecuente que niños y adolescentes dispongan de teléfono móvil de uso particular, y que cada vez lo hagan a edades más tempranas.

Hace menos de una década, hablar de la protección de los menores en la telefonía móvil implicaba hablar de limitar el acceso a ciertos servicios -eróticos o de contactos, relacionados con el tarot, etc.- a los que se accedía por el teléfono, pero ahora los teléfonos son nodos comunicativos, mediante los cuales se puede tanto generar como acceder a muy diversos contenidos audiovisuales. De tal manera, que lo que empezó siendo comunicaciones personales de voz hoy ofrecen una amplia gama de servicios y contenidos multimedia a los que se puede acceder por el teléfono, incluido Internet.

El teléfono móvil, dispositivo móvil o como se le denomina actualmente “smartphone” (teléfono inteligente) cumple simultáneamente las funciones de teléfono, agenda personal, reproductor de música y vídeo, cámara de fotos y vídeo, soporte para videojuegos, y punto de acceso a Internet. Junto a esta explosión de funciones y contenidos del teléfono otro dato a tener en cuenta es el porcentaje de menores usuarios de dispositivos móviles. Y en ese sentido, estudios realizados han revelado que la edad de inicio a la telefonía móvil entre los menores españoles se sitúa entre los 10 y los 12 años, el 90% a partir de los 13 años<sup>582</sup> y el 31% de usuarios de

---

<sup>582</sup> *Estudio sobre seguridad y privacidad en el uso de los servicios móviles para los menores españoles elaborado por INTECO y ORANGE, abril 2010, p. 12.*



más de 13 años usan smartphones<sup>583</sup>. Si bien, es cierto que en la actualidad todavía son pocos los que utilizan el terminal móvil para conectarse a Internet (como se verá más adelante) también lo es, que la extensión de teléfonos de última generación que permiten la navegación por la Red hace prever que en el corto plazo se incrementará el acceso a Internet a través de tales dispositivos móviles.

En España el fenómeno de tablets y smartphone es mayor que en el resto de Europa. Así, mientras la media en países europeos como Inglaterra, Italia, Francia o Alemania son del 57%, en nuestro país ya alcanza el 66% de usuarios. Las tablets están cogiendo fuerza, con aproximadamente 3,4 millones de unidades vendidas en 2014 en España. A estas circunstancias podríamos añadir que también es uno de los principales países en despliegue y utilización de las redes sociales, ya que se estima que el 93% de los internautas españoles accede a las mismas. No obstante, este fenómeno se encuentra en plena convulsión, ya que entre los niños y adolescentes el uso de las redes sociales “clásicas” como Tuenti o Facebook está en descenso (muy acusado en el caso de la primera), mientras crecen rápidamente las redes sociales móviles improvisadas a partir del uso de los sistemas de mensajería instantánea tipo Whatsapp, Teleegram, Line, Snapchat...<sup>584</sup>. En España, las plataformas preferidas por los jóvenes son los Whatsapp e Instagram<sup>585</sup>, aunque últimamente también está tomando fuerza la norteamericana *Snapchat*, una de las más peligrosas para los menores<sup>586</sup>. Pues a diferencia del tratamiento de datos que establece una edad en la legislación española que permite su tratamiento (14 años), en la mayoría de los servicios de mensajería se permite registrarse a partir de los 13 años, salvo Whatsapp que ha elevado el límite de edad a los 16 años, aunque nada impide registrarse con una identidad simulada o simplemente indicando una fecha de nacimiento falsa. Por

---

<sup>583</sup> *Estudio sobre hábitos seguros en el uso de smartphones por los niños y adolescentes españoles*, realizado por INTECO y ORANGE, noviembre 2011, p. 7.

<sup>584</sup> *Estudio: Menor de edad y Conectividad Móvil en España: Tablets y Smartphones*, elaborado por el Centro de Seguridad en Internet para los menores en España. Protégeles, dependiente del Safer Internet Programme de la Comisión Europea, Enero, 2014.

<sup>585</sup> Aunque Instagram es una red social propiamente dicha, el surgimiento de Instagram Direct permite que la incluyamos en la categoría de servicio de mensajería instantánea.

<sup>586</sup> LORENTE LÓPEZ, ob. cit., p. 226.

**CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR,  
INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS  
TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

su parte, Snapchat, ha creado otra aplicación denominada Snapkidz, destinada a menores de 13 años, con el objetivo de que estos generen contenidos off line<sup>587</sup>.

En cuanto a los riesgos que comporta el uso de dispositivos móviles para los menores, se pueden agrupar en cinco amplias categorías tal y como apunta MARTÍNEZ OTERO<sup>588</sup>:

1ª) Riesgos aparejados a la función de teléfono: Acceso a las llamadas de servicios de tarificación adicional, bien mediante llamadas, bien a través del envío de mensajes. Las llamadas de voz, llamadas perdidas y mensajes de texto son los servicios más frecuentes utilizados por los menores, un 29,2% de los menores realiza llamadas de voz diariamente (un 35,7% lo hace de forma habitual, y un 29,8% adicional, de manera esporádica). El servicio de envío o recepción de mensajes cortos también es una práctica habitual entre los menores, el 76% de niños y niñas adolescentes utiliza el Whatsapp habitualmente. Y entre las posibilidades que ofrece esta herramienta, la que está experimentando un crecimiento más vertiginoso es la creación de “grupos”, tanto entre los pequeños como entre los mayores, el 65% de los niños de 11 a 14 años participa en grupos de Whatsapp que funcionan como auténticas redes sociales en las que conversan, intercambian información, fotografías vídeos, pantallazos de los deberes que tienen para el día siguiente, etc. Si incluimos otros sistemas de mensajería instantánea, encontramos a menores de 11 a 14 años utilizando Line, FaceTime, Kik y otros, siendo lo más habitual utilizar el uso de dichos sistemas con el de Whatsapp. Apenas encontramos un 2,5% de menores de 11 a 14 años que utiliza exclusivamente otro sistema de mensajería instantánea distinto de Whatsapp. El porcentaje total de niños de 11 a 14 años que utiliza habitualmente sistemas de mensajería instantánea es del 78,5%<sup>589</sup>. Algunos de estos servicios se

---

<sup>587</sup> Sobre todo por la consideración errónea de que la autodestrucción del mensaje o imagen es una medida segura, pues los menores no son conscientes de que diez segundos son tiempo suficiente para realizar una captura de pantalla y conservar la instantánea de forma definitiva.

<sup>588</sup> MARTÍNEZ OTERO, J. M., *La protección Jurídica de los Menores en el Entorno Audiovisual*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2103, p. 48.

<sup>589</sup> *Estudio de edad y conectividad Móviles...*, ob. cit., p. 10.

dirigen específicamente a los menores (concursos), otros ofrecen contenido adulto (líneas eróticas o de contactos), en cualquier caso todos tienen un coste elevado.

2ª) Riesgos aparejados a la función de dispositivo audiovisual: Acceso a contenidos inconvenientes, como tonos, videojuegos, fondos de canciones, videos. Escuchar música como mp3 es sin duda el uso más habitual como así lo declaran el 71,4% de los niños y adolescentes españoles de entre 10 y 16 años y un 36% lo hace de forma diaria. El resto de servicios, son utilizados con carácter ocasional, como por ejemplo, adquirir polítonos o fondos de pantalla un 22,4%, descargar música de Internet un 11,2%, o ver vídeos en la Red un 10,2%<sup>590</sup>.

3ª) Riesgos aparejados a la función de punto de acceso a Internet: acceso a contenidos ilegales o no recomendados en la Red. Acceso a chats. Acceso a servicios de radio, televisión y vídeo a la carta, cuyos contenidos pueden no ser recomendables para menores de dieciocho años. El 60% de los menores de 11 a 14 años de edad navega y busca información a través de Internet desde sus smartphones. Encontramos un 12% de usuarios de estas edades que nunca utilizan esta funcionalidad, y otro 27% que sólo lo hace en ocasiones<sup>591</sup>, el acceso a televisión es de sólo un 7,2%, un 10,6% visita páginas web para buscar información a través de su teléfono, el 38% de los niños y adolescentes de 11 a 14 años utiliza el smartphone para enviar y recibir correo electrónico, un 7,1% revisa su perfil en las redes sociales. Casi el 80% de los menores de 11 a 14 años escucha habitualmente música con sus smartphones<sup>592</sup>. Cabe destacar, una nueva tendencia surgida en el año 2014 entre los adolescentes, el "gossiping"<sup>593</sup>, consistente en la creación de foros y salas de chat anónimas donde se comentan rumores.

---

<sup>590</sup> INTECO, ob. cit., p. 51

<sup>591</sup> *Estudio de edad...* ob. cit., p. 12.

<sup>592</sup> INTECO, ob. cit., p. 49 y *Estudio de edad...*, ob. cit., p. 14.

<sup>593</sup> Estos foros fueron un fenómeno en Cataluña en el año 2014, debido a Informer, que permite crear páginas en Facebook para pequeñas comunidades como colegios, y universidades. Algunos estudiantes han creados sitios Informer locales en la red social que se les han ido de las manos, debido a la avalancha de rumores y maledicencias sobre otras personas del entorno cercano. Algunos de estos foros han alcanzados tal nivel de tensión, que sus creadores han sido agredidos en la calle y la Policía ha tenido que intervenir. Las denuncias por calumnias y acoso de alumnos y profesores se han contado por decenas y la Generalitat ha

### CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

---

4ª) Riesgos aparejados a la función de cámara de fotos y vídeo: La realización de fotografías es el servicio más utilizado por los menores, concretamente un 88,6%, después va la grabación de vídeos que es practicada por un 48,5%. En cuanto a los vídeos un 23% de los menores envía vídeos a otras personas, un 16,1% reconoce ver vídeos en Internet, un 48,5% utiliza el móvil para ver vídeos y, por último, un 23% de los menores de 11 a 14 años publica habitualmente fotos y/o vídeos en Internet. Otro 33% lo ha hecho en alguna ocasión y un 44% no lo ha hecho nunca a través de su dispositivo móvil<sup>594</sup>. Respecto a la creación (y difusión) de contenidos por el menor, destaca la realización de fotografías con el teléfono móvil como único servicio que adquiere cierta relevancia entre los adolescentes, un 19,6% lo hace diariamente, y entre un 34,8% y 34,2% de forma habitual y esporádica<sup>595</sup>. La facilidad de grabar y reproducir imágenes sin el consentimiento del menor, un 17,1% de los menores conocen casos cercanos de amigos cuyas imágenes han sido difundidas sin su consentimiento y un 15,5% afirma tener amigos que han grabado y difundido imágenes de otros menores sin consentimiento del protagonista. El teléfono móvil facilita la generación y difusión de contenido que puede afectar a la privacidad de su autor. De manera que la difusión de imágenes del menor sin su consentimiento y que el menor grabe y difunda imágenes inapropiadas es mayor cuando se realizan a través del teléfono móvil que cuando se realizan desde el equipo conectado a la Red. En este grupo de amenazas cabe subrayar la posibilidad de grabar, reproducir y compartir imágenes de acoso escolar que dan lugar al fenómeno del “ciberbullying”<sup>596</sup>. Este tipo

---

activado un plan de información en escuelas y colegios universitarios, para concienciar a los alumnos de la importancia del derecho al honor, intimidad frente a la libertad de expresión que permite la tecnología. *Ciber-Seguridad informática GITS: Sexting, y Gossiping, Privacidad y Delitos Telemáticos*, p. 2.

<sup>594</sup> INTECO, ob. cit., p. 49 y *Estudio de edad...*, ob. cit., p. 12.

<sup>595</sup> INTECO, ob. cit., p. 52.

<sup>596</sup> También denominado ciberintimidación que se define como un acoso entre iguales utilizando medios electrónicos (principalmente Internet y teléfono móvil) El ciberbullying no debe tener una consideración diferente de la intimidación física que tiene lugar en la vida real. La intimidación es intimidación, con independencia del entorno en el que se produzca. La especial gravedad de las situaciones de ciberacoso (ya sea a través del teléfono móvil o a través de la Red) radica en su rápida divulgación y en su permanencia (la intimidación por medios electrónicos puede producirse en todo momento y alcanzar lugares y situaciones

de acoso puede adoptar diferentes formas como pueden ser el envío de textos amenazadores, divulgar imágenes o vídeos desagradables de otra persona, realización de llamadas silenciosas insistentes, o llamadas con alto contenido sexual, etc. En cualquier caso, se trata de situaciones en que acosador y víctima pertenecen al mismo grupo de iguales por razón de edad o entorno (normalmente, escolar). Es especialmente relevante, la grabación a través de los teléfonos móviles de agresiones entre menores y su posterior divulgación a través de Internet, fenómeno denominado “happy slapping”<sup>597</sup>. Ya más concretamente, en relación al estudio realizado con el smartphone, el 2,5% de los menores confiesa haber sido objeto de acoso por parte de otros menores, un 0,8% reconoce haber realizado de manera activa insultos o amenazas a través de su teléfono y un 16% asegura conocer a algún amigo o compañero que lo ha hecho alguna vez<sup>598</sup>.

5ª) Finalmente, hay un riesgo que afecta a varias de las anteriores funciones mencionadas: es el de recepción o envío de mensajes de contenido sexual protagonizados por menores, fenómeno denominado “sexting”<sup>599</sup>. El 4,1% de los niños de 11-12 años de edad ha recibido mensajes y/o imágenes de contenido sexual a través de su terminal móvil, frente a un 13,7% de los de 13-14 años. Una vez más se triplica prácticamente entre los 12 y los 13 años. El 0,8% de los niños de 11-12 años de edad ha enviado imágenes suyas en posturas inapropiadas a través de su terminal móvil, frente a un 2,4% de los de 13-14 años<sup>600</sup>. La práctica del sexting se está

---

seguros para la víctima, tales como el hogar). Además, se puede llevar a cabo anónimamente, dificultando la identificación del agresor.

<sup>597</sup> INTECO y ORANGE, ob. cit., pp. 89- 90.

<sup>598</sup> *Estudio sobre hábitos seguros...* ob. cit., p. 12.

<sup>599</sup> Difusión o publicación de contenidos (principalmente fotografías o vídeos) producidos por el propio remitente, utilizando para ello el teléfono móvil u otro dispositivo tecnológico. Pese a que actualmente se ha creado la herramienta o aplicación Snapchat o Facebook poke pensada para enviar imágenes pero con la premisa de limitar el tiempo que permanecerá en la memoria del móvil del destinatario, sin embargo, diversos medios tecnológicos han señalado que estas aplicaciones no están exentas de riesgos, pues el destinatario puede hacer una captura de su pantalla con la imagen y guardarla para luego compartirla con otras personas. No libres de fallos de programación como se descubrió a finales de diciembre de 2014 que dejaba ver los videos enviados por los usuarios pese a haber expirado el tiempo límite.

<sup>600</sup> *Estudio de edad...* ob. cit., p. 24.

### **CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

extendiendo no solo entre los adolescentes españoles<sup>601</sup>, sino entre adolescentes de todo el mundo<sup>602</sup>. Se trata de un ejercicio muy peligroso y los menores deberían conocer su enorme riesgo. Asimismo, la situación de acoso u hostigamiento procedente de una persona adulta con finalidad sexual explícita o implícita, da lugar a la figura denominada “grooming”<sup>603</sup>. El riesgo procede de las posibles consecuencias de carácter físico y psicológico que una situación de este tipo puede tener para un menor<sup>604</sup>. El anonimato que proporcionan las TIC, ha dado cobertura a acosadores y hostigadores. No cabe duda de que el grooming, por las repercusiones físicas y psicológicas que puede tener sobre el menor, es un riesgo que preocupa a los padres, con independencia de si se realiza a través del teléfono móvil o a través de Internet. Así, un 3,8% de los menores afirma que ha recibido llamadas o SMS de adultos desconocidos con la intención de conocerles. Las chicas han recibido este tipo de contenidos en mayor medida que los chicos (1,1% frente a 0,5%). Por su parte, un reducido 2,5% de los menores afirma haber recibido en alguna ocasión proposiciones inapropiadas o fuera de lugar (sexuales, económicas, etc.) a través de su smartphone<sup>605</sup>.

### **3.3. RIESGOS POR EL USO DE INTERNET**

---

<sup>601</sup> Consultada la Voz de Vigo de 20 de mayo de 2014, 07:12 GMT. Se puede leer el Artículo titulado: Investigan el segundo caso de “sexting” entre menores de Vigo en una semana. Una adolescente denunció ayer que su novio difundió fotos íntimas suyas por Whatsapp. El Whatsapp no entiende de romanticismos. La Policía Nacional de Vigo investiga un nuevo caso de sexting. Este nuevo caso surge apenas una semana después de que cinco alumnos del instituto vigués de O Calvario fuesen imputados por difundir autorretratos de una niña de 13 años que posó desnuda y con ropa interior ante un espejo. El mayor caso fue el año pasado, cuando escolares de dos institutos desfilaron por comisaría. En un centro hubo 49 imputados. En otro se cortó a tiempo con 3 implicados. Ante la proliferación de casos, los expertos consultados están preocupados por la falta de educación de los colegiales sobre los riesgos de las redes sociales.

<sup>602</sup> Algunos casos con finales ciertamente trágicos, como el suicidio de la adolescente norteamericana Jessie Logan, quien se quitó la vida dos meses después de que una imagen en la que aparecía desnuda, remitida por ella a su novio, fuera difundida públicamente.

<sup>603</sup> Se trataría del conjunto de estrategias que un adulto desarrolla para ganarse la confianza del menor a través del móvil con el fin de obtener concesiones de índole sexual. Incluiría actuaciones que van desde un acercamiento con empleo de empatía y/o de engaños hasta un chantaje para obtener imágenes comprometidas del menor y, en casos extremos, pretender un encuentro en persona.

<sup>604</sup> INTECO, ob. cit., p. 96.

<sup>605</sup> INTECO, ob. cit., p. 11.

Internet es un mar sin orillas a través del cual puede transmitirse todo tipo de mensajes y contenidos, actualmente existe un conjunto de factores como son: El uso generalizado por los menores de Internet en España, un 60% lo usa a diario y la frecuencia de uso más habitual es “entre una y dos horas”. Aumentando con la edad, en el caso de los mayores de 15 años, hasta el 83%, dos de cada tres sube fotos, ve vídeos y comparte música a través de Internet, porcentaje que llega hasta el 80% en el caso de los mayores de 15 años, y al 35% en el caso de los menores de 12 años<sup>606</sup>. La existencia de abundante material legal y apropiado para los menores junto con abundante material perjudicial, ilegal o inapropiado para ellos como puede ser los contenidos violentos o pornográficos. La falta de recursos de los padres y educadores, dificulta de forma particular la educación y protección de los menores on line, es la ya comentada brecha tecnológica<sup>607</sup>, que se agranda cada vez más, pues hay un gran número de padres y tutores que tienen menos conocimientos informáticos que los menores por cuya educación han de velar. Los hábitos de navegación de los menores, que tampoco contribuyen a que puedan defenderse ante contenidos ilícitos o nocivos, pues aunque son auténticos nativos digitales, no son capaces de evaluar o contextualizar el contenido de las actividades conflictivas. Más de la mitad de los padres autoriza a los menores a usar Messenger, Whatsapp y a navegar o ver contenidos audiovisuales por Internet en cualquier momento, sin mediar supervisión alguna. En cambio, casi ningún progenitor autoriza a sus hijos a hacer compras por Internet (menos del 15%). Aunque solo la mitad de los padres, un 54%, habla con sus hijos/as sobre las posibles consecuencias negativas de que visiten páginas inadecuadas en Internet, el 62% comprueba las páginas visitadas por sus hijos/as<sup>608</sup>.

Todas estas circunstancias mencionadas, hace que se haya disparado la alarma social sobre la importancia de establecer mecanismos que permitan ofrecer a los

---

<sup>606</sup>Plan Director para la Convivencia y Mejora de la Seguridad en *los Centros Educativos y sus Entornos para 2014-2015*.

<sup>607</sup> *Estudio sobre hábitos seguros en el uso de las TIC por niños y adolescentes y e-confianza de sus padres*, Observatorio de la Seguridad de la Información, Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, 2009, recoge que el 41% de los padres y madres presentan un perfil tecnológico bajo, p. 44.

<sup>608</sup> *Ibidem*.

### **CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

menores un entorno seguro en Internet y por ello, los poderes públicos, agentes de la industria y usuarios de las tecnologías, conscientes de esta preocupación, están trabajando en la dirección de arbitrar mecanismos que garanticen la protección de los menores y sus derechos en Internet. MARTINEZ OTERO<sup>609</sup> considera que tres son los frentes en los que estos esfuerzos se centran:

1º) El acceso a los contenidos ilegales: La red es una plataforma óptima de comunicación de mensajes y almacenamiento de contenidos digitales. Algunos de estos mensajes y contenidos tienen una naturaleza ilegal o delictiva, de los cuales no pocos están relacionados con los menores, como es el caso de la pornografía infantil, que ha encontrado en Internet un medio casi inmejorable para su difusión. GARCÍA MORALES<sup>610</sup> también califica como ilegales las imágenes de acoso escolar, o contenidos que vulneren los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen de un menor y sobre todo normalmente la pornografía infantil. E incluye además, racismo, extrema violencia, protección de la seguridad nacional frente a actividades terroristas, difamación, la protección de la propiedad intelectual frente a la distribución no autorizada de obras registradas, o bien la transmisión de datos personales. En éste ámbito, considera que es contenido ilegal cualquier contravención del ordenamiento jurídico, ya sea protección penal de la privacidad, ya sea infracción de la Ley Orgánica de protección de datos y será la legislación de cada país la que determina qué es ilegal. En cambio, DE LAMA AYMÁ<sup>611</sup> únicamente define como contenidos ilícitos los que en sí mismo constituyen delito y son merecedores de sanción penal en el ámbito de aplicación de la ley vigente en cada Estado.

Desde luego, la respuesta frente a ellos debe ser unívoca y contundente por los tres frentes: localización, eliminación y substanciación de responsabilidades. Los

---

<sup>609</sup> MARTÍNEZ OTERO, ob. cit., p. 52.

<sup>610</sup> GARCÍA MORALES, M. J., "Regulación y autorregulación en Internet: el control de los contenidos y los datos en la LSSI", en *Cicle de conferencies sobre protecció de dades de caràcter personal 15 de novembre de 2005*, en <http://www.apdcat.net/media/303.pdf>.

<sup>611</sup> DE LAMA AYMÁ, ob. cit., p. 324.



poderes públicos tienen un papel especialmente relevante frente a los contenidos ilegales, como es tipificar, perseguir y castigar dichas conductas. Los usuarios deben denunciarlos a través de las páginas de denuncia cuando los encuentre on line y los proveedores de servicios deben responder de modo rápido y contundente ante tales denuncias colaborando con los poderes públicos en la eliminación o remoción de los contenidos de la red y la identificación de los responsables de los mismos.

2º) El acceso a los contenidos nocivos: Tienen una naturaleza legal, pero que se puede atentar contra la moral y los valores de determinadas personas. DE LAMA AYMÁ los define como aquéllos que, sin ser delictivos, pueden resultar ofensivos o inadecuados para el destinatario porque expresan opiniones políticas, creencias religiosas, juicios de valor o se refieren a cuestiones de índole sexual por lo que pueden vulnerar la sensibilidad de terceros. Pero GARCÍA MORALES<sup>612</sup> va más allá y diferencia entre contenidos no deseados y nocivos: Los primeros, son aquellos que determinados usuarios no quieren recibir. Los segundos, se ciñen a aquellos que pudieran perjudicar a un menor (pornografía entre adultos, violencia, lo paranormal o las llamadas ciencias oscuras, recientemente el caso de las páginas web donde se incita a la anorexia o a la bulimia), pues son considerados inadecuados para el grado de desarrollo y madurez del menor de edad y no recomendables por su carácter potencialmente nocivo.

En este caso, la respuesta frente a los contenidos nocivos es más tecnológica que jurídica<sup>613</sup>, debe ir encaminada a restringir el acceso de los menores mediante el desarrollo de herramientas y programas informáticos que permitan identificar el material potencialmente nocivo, y limitar su puesta a disposición de los menores de edad. Son los llamados filtros de Internet configurados como un método lícito, eficaz y

---

<sup>612</sup> GARCÍA MORALES, M. J., ob. cit., p. 1.

<sup>613</sup> VERA SANTOS, J. M., "Derechos fundamentales en Internet y nuevas tecnologías de la información y de la comunicación" en *Principios de Derecho de Internet*, (Coord. P. L. GARCÍA MEXÍA), 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 228.

### **CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

respetuoso con la libertad de expresión<sup>614</sup>. Sin embargo, a fecha de hoy, su implantación es escasa no llegando al 20% de los ordenadores<sup>615</sup>. Por consiguiente, la protección de los menores frente a estos contenidos recae fundamentalmente en los padres y educadores de menores, que son los que deben elegir el grado de protección que quieren para los menores que tienen a su cargo y a solicitar e instalar los sistemas de filtrado que consideren oportunos. Por su parte, los proveedores deben desarrollar la tecnología que permita reforzar el control paterno, informar de su existencia y ponerla a disposición de sus clientes como así se recoge en el art. 12 bis de la Ley 34/2002, de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI). Finalmente, los poderes públicos deberán desarrollar campañas de sensibilización y apoyar a la industria en el desarrollo de estos sistemas de filtrado. Ahora bien, como naturalmente afirma DE LAMA AYMÁ<sup>616</sup> mientras que en los contenidos ilícitos el menor es víctima de una intromisión ilegítima en sus derechos al honor, intimidad e imagen, siendo parte activa directa o indirectamente del contenido

---

<sup>614</sup> CREMADES GARCÍA J., "Acceso restringido a Internet", en *Régimen Jurídico de Internet*, (Coords. M. FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, J. CREMADES GARCÍA y R. ILLESCAS ORTIZ), Wolters Kluwer, Madrid, 2001, pp. 1372-1373.

<sup>615</sup> Si comparamos la difusión de estos filtros con otras herramientas protectoras ante distintos peligros informáticos, como puede ser los antivirus instalados en el 68% de los ordenadores, resulta elocuente la falta de información sobre los filtros de contenidos. La Generación Interactiva en España, ob. cit., p. 15. PEREZ LUÑO, ob. cit., p. 158. Los filtros, son programas informáticos selectivos que bloquean el acceso a determinados documentos pero no a otros. La Unión Europea apoya la denominada PICS (Platform for Internet Content Selection). Se trata de un servicio para seleccionar contenidos en Internet que lanzó oficialmente el World Wide Web Consortium. Estos filtros pueden programarse en un triple sentido: 1) "Lista blanca", dejando pasar solamente aquellos servicios o informaciones que previamente han sido registrados; 2) "Lista negra" bloqueando aquellos servicios o programas a los que no se desea tener acceso. Se ha hecho famosa la lista CyberNot; que abarca unos siete mil programas clasificados como nocivos por sus contenidos de violencia, obscenidad, racismo, cultos satánicos, drogas... Gracias a este sistema los padres pueden bloquear de forma selectiva el acceso a aquellos servicios que consideran nocivos o peligrosos para sus hijos; 3) "Etiquetado neutro", permitiendo construir un menú de servicios personalizados para cada usuario. Este sistema ofrece un alto grado de flexibilidad y seguridad, al facilitar que cada usuario realice personalmente la criba de aquellos contenidos de Internet que juzgue apropiados a su sensibilidad, cultura y sistema de valores. Pueden ser también utilizados por los representantes legales o educadores de los menores para establecer unos menús adecuados a la madurez y circunstancias de los mismos. La principal limitación de estos sistemas reside en la dificultad de adaptarlo al funcionamiento de las Redes Sociales. El carácter dinámico y proteico de éstas, dificulta el bloqueo de la navegación por sus múltiples y cambiantes programas. Se da también la circunstancia de que, en buena medida, son los menores quienes se hayan más habituados y conocen mejor las distintas modalidades de la navegación por esas redes, con la consiguiente desventaja de sus padres o maestros para establecer en ellas el sistema de seguridad operativo a través de filtros.

<sup>616</sup> DE LAMA AYMÁ, ob. cit., p. 324.

ilícito mostrado; en los contenidos nocivos el menor participa solamente como un mero espectador externo por lo que no es víctima de intromisión alguna en su honor, intimidad o imagen sino que simplemente pueden perjudicar el libre desarrollo de su personalidad.

3º) La protección de datos de los menores en Internet: La tecnología digital permite, de manera rápida y sencilla, el almacenamiento, tratamiento y transmisión de una prolija cantidad de datos personales. Estos datos, recogidos en diversos ficheros y bases de datos, pueden emplearse para finalidades importantes y positivas, pero en otras ocasiones sirven a finalidades espurias, relacionadas casi siempre con intereses comerciales. Muchas veces los menores al facilitar sus datos o los de su familiar en la Red son incautos y no prestan especial atención al uso que va a darles quien recaba dicha información o la finalidad que persigue. La cuestión sobre el consentimiento informado de los menores resulta complicada y nos lleva a otras tales como establecer la edad que debe tener un menor para reconocerle la capacidad de ceder sus datos en Internet. Cuya respuesta habrá que buscarla en las soluciones dadas por la legislación y la Agencia de Protección de Datos (AEPD), que más adelante analizaré más detalladamente. Asimismo, determinar si los menores tienen la capacidad de comprender las implicaciones que cada cesión de datos conlleva una respuesta negativa debido a la redacción de los avisos legales o políticas de privacidad de las páginas web que solicitan datos personales, las cuales suelen estar redactadas de una forma muy técnica, de imposible o muy difícil comprensión para los menores<sup>617</sup>; a su inmadurez; al carácter técnico de los avisos y al propio tiempo que dedican a la lectura sosegada de los largos avisos legales que los servicios de Internet incluyen<sup>618</sup>.

---

<sup>617</sup> La 31ª Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad ha recordado en su Resolución de Madrid la necesidad de respetar en la recogida de datos el principio de transparencia, señalando que en dicho proceso “cualquier información que se proporcione al interesado deberá facilitarse de forma inteligible, empleando para ello un lenguaje claro y sencillo, y ello en especial en aquellos tratamientos dirigidos específicamente a menores de edad”. Estándares Internacionales sobre Protección de Datos Personales y Privacidad. Resolución de Madrid, AEPD, Madrid, 2009, p. 12.

<sup>618</sup> En este sentido, el *Estudio sobre la privacidad de los datos personales...* ob. cit., p. 110, concluye que con carácter general estos avisos legales “no alcanzan su finalidad última: que el usuario comprenda el objetivo, la finalidad y el plazo para el que son recabados y tratados sus datos personales”.

### **3.4. RIESGOS POR EL USO DE LAS REDES SOCIALES**

Actualmente, el uso de redes sociales por parte de los menores de edad se convierte, en una parte más de sus vidas, MORILLAS FERNÁNDEZ<sup>619</sup> los califica como nativos digitales, pues en muchos aspectos saben más que sus padres, pero no siempre son conscientes de los peligros que acechan en la red. Para el menor, el acceso a esta forma de comunicación se configura como una actividad habitual que le aporta grandes ventajas en el sentido de mantener y crear contactos con sus amigos y familiares, así como conocer otras personas que entenderán sus inquietudes y problemas mejor que sus allegados. Esta nueva forma de relación social les permite confiar en nuevos sujetos que no conocen, pero que ya han podido acceder a sus datos más íntimos y que les proporcionan un alto nivel de entendimiento y comprensión una vez que el menor muestra sus fotos, vídeos, así como datos personales y familiares, en esa nueva forma de identidad existente. Se trata de una actividad habitual para el desarrollo social de los jóvenes. De tal forma, que a pesar de tener ciertas nociones de seguridad, descuidan algunos aspectos y, en ocasiones, no otorgan la importancia que merecen los datos personales, los cuales pueden ser objeto de una malintencionada utilización con fines dañosos para los menores que coarte el libre desarrollo de su personalidad.

Con carácter general, los riesgos en las redes sociales que señala MONSORIU<sup>620</sup> son: Privacidad y falta de intimidad; pérdida de tiempo y adicción; spam; virus y troyanos; suplantación de identidad; depredadores sexuales; ciberacoso; anorexia y bulimia; atracción de usuarios hacia páginas de Internet fraudulentas; grupos pro suicidio; consumo y tráfico de drogas; secuestros; prostitución; fotos y vídeos inapropiados. Pero desde un punto de vista jurídico, es necesario clasificarlos en función de los derechos de los menores que pueden verse

---

<sup>619</sup> MORILLAS FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 364.

<sup>620</sup> MONSORIU FLOR, ob. cit., pp. 121-151.

comprometidos por un uso irresponsable de las redes sociales como son los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a los datos personales. Para ello, MARTÍNEZ OTERO, establece cinco grupos de riesgos: A) Un primer riesgo es la exposición irresponsable de la propia intimidad o de datos personales: La cuestión más espinosa radica en determinar que menores tienen la suficiente madurez para ceder sus datos autónomamente y cuáles no la tienen siendo necesario el consentimiento de sus padres o sus representantes legales. La mayoría de los países ha fijado una determinada edad -trece y catorce años- a partir de la cual pueden ceder datos sin consentimiento. En España, con catorce años, en Estados Unidos y en Francia en 13 años. Esta diversidad de criterios es un inconveniente en Internet, pues la mayoría los servicios operan en diferentes estados, especialmente redes sociales como Facebook o Myspace. El campo que más se ha prestado a la vulneración del derecho a la protección de datos de los menores es el de las redes sociales sobre todo en los adolescentes. Con el fin de evitar ese peligro, tanto la legislación como las principales redes sociales han establecido el límite de los catorce años, edad a partir de la cual un menor puede abrir un perfil en una red social sin necesidad del consentimiento de los padres. No obstante, son miles los menores de dicha edad que tienen un perfil en Facebook (límite en 13 años) o en Tuenti (límite en 14 años) o en Tcuento (no establece límite de edad para acceder), basta con mentir a la hora de declarar la propia edad. La Federal Trade Comisión (FTC) estadounidense, ya en 2006, sancionó con una multa de un millón de dólares a la comunidad virtual Xanga, por admitir subrepticamente a menores de trece años. En nuestro país, las redes sociales, impulsadas por la AEPD, están haciendo importantes esfuerzos por eliminar dichos perfiles y garantizar el límite de edad exigido por la ley, pero las soluciones técnicas para conseguirlo no son sencillas<sup>621</sup>. Por ese motivo, la AEPD está llegando a acuerdos amistosos con las redes sociales mediante el diálogo, como el suscrito en abril de 2009 con los responsables de Tuenti, en el que se comprometieron a depurar los perfiles de todos los usuarios menores de 14 años. En febrero de 2010, en el que Facebook subió de los trece a los catorce años la edad mínima de los usuarios españoles para formar

---

<sup>621</sup> Publicado en el Diario El País, en fecha 23 de junio de 2010. Tuenti borra 35.000 perfiles de menores.

### **CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

parte de su red social. Pese a ello, se plantea la duda de si los adolescentes mayores de dichas edades tienen conocimiento sobre los riesgos a los que se exponen facilitando sus datos en Internet. La grandísima mayoría de las veces la respuesta es “no”.

Por tanto, junto a los mínimos legales exigidos, resulta imprescindible el asesoramiento a los menores y la construcción de una sensibilidad adecuada en Internet y las redes sociales, cuyo fin sea evitar que los menores realicen conductas de las cuales cuando sean mayores puedan arrepentirse. Pero, tal y como también reflexionan HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ y RAMÓN FERNÁNDEZ<sup>622</sup>, mientras no se desarrollen e implanten medidas que controlen la publicación de contenidos y el acceso al material no adecuado, persistirá el riesgo de que puedan ser vulnerados los derechos de los menores, ya que la LOPDH nada recoge en relación a estas situaciones.

B) Un segundo riesgo es la publicación o imágenes del menor sin el debido consentimiento, concedido por el menor de más de catorce años o por sus representantes legales<sup>623</sup>: Las imágenes publicadas en sus perfiles incluyen datos de un menor, las cuales son ilícitas cuando no conste el consentimiento correspondiente. Sin embargo, aparejado a ese consentimiento surgen otras cuestiones tales como no tener la edad mínima para prestarlo (cuando son menores de catorce años que se hacen pasar por mayores y se integran en una red social), consentir en perjuicio de su propio interés, (un menor en actitud erótica o en estado de embriaguez), o que un mayor publique la imagen o desvele la intimidad de un menor (los padres respecto a los hijos) con finalidades discutibles como puede ser obtener notoriedad o reñir con su pareja. En cuyo caso, su publicación es contraria a la ley si supone un perjuicio para el interés superior del menor.

---

<sup>622</sup> HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ y RAMÓN FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 31.

<sup>623</sup> En ocasiones aunque no es lo común, la finalidad de dicha publicación es desde el inicio contraria a los intereses del menor. La Audiencia Provincial de Murcia, sección 2ª, nº7/2010, de 29 de enero se pronunció sobre un asunto en cuyo primer hecho probado es el siguiente: “El día 10 de abril de 2009, Iñigo colgó en el portal de Tuenti de Internet (red social dirigida a la población joven española), una fotografía de Alberto la cual tituló Machupichu, etiquetamos XDD invitando a los compañeros y amigos a hacer comentarios sobre Alberto, respondiendo esto en los días siguientes con expresiones despectivas y de mofa tales como asco, es más pesao este zagal que no se calla ni debajo del agua (...)”.

C) Otro riesgo asociado a la naturaleza de Internet es el carácter imperecedero de los datos que se publican en las redes sociales, en conexión con el derecho a la cancelación de datos personales, o el denominado “derecho al olvido”. Como bien dice TRONCOSO REIGADA<sup>624</sup> lo que se publica en Internet permanece para siempre porque la cancelación efectiva de la información es prácticamente imposible. Por lo tanto, el pasado siempre permanece en el presente y será accesible en el futuro, ya que en Internet ninguna información desaparece. No obstante, a partir de la reciente ST de fecha 13 de mayo de 2014 dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) el derecho al olvido ya es posible, aunque habrá que ver si efectivamente se consigue.

D) Un penúltimo riesgo en relación con la propia imagen, la intimidad y la protección de datos es el de suplantación o fraude de identidad, alimentado por la amplia disponibilidad de datos de carácter personal en perfiles de usuario, así como la posible piratería de perfiles por parte de terceros no autorizados<sup>625</sup>. Esta conducta atípica de suplantar la identidad su ubicación en la normativa de protección de datos también es complicada, pues si bien se sanciona a un usuario que suplanta la identidad de otro, dicha norma no lo sanciona por tal hecho, sino por el tratamiento in consentido de datos de carácter personal de la persona suplantada (art. 6 de la LOPD). Pero la cuestión que surge es si la AEPD debe sancionar respecto a la suplantación de identidad conforme a su articulado o conforme al ordenamiento penal para el caso de tener conocimiento de unos hechos presuntamente delictivos, debiendo ponerlos en conocimiento de la Fiscalía o de los juzgados para que sean éstos los que lo enjuicien cuya competencia parece más natural.

E) Y un último riesgo en cuanto al derecho al honor y a la integridad psíquica: en muchas ocasiones las redes sociales se utilizan por usuarios adolescentes para

---

<sup>624</sup> Las redes sociales: un reto a la privacidad. Diario ABC, de 26 de enero de 2010, p. 14.

<sup>625</sup> Resolución sobre Protección de la privacidad en los servicios de redes sociales, 30ª Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y privacidad, Estrasburgo, 2008, p. 2.

### CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

---

insultar o faltar al respeto a terceras personas, conductas que pueden afectar a la salud psíquica de la víctima<sup>626</sup>, convirtiéndose en plataformas idóneas para practicar el ciberacoso o ciberbullying<sup>627</sup>, publicando imágenes para mofarse de la víctima, insultándola públicamente, enviándoles mensajes amenazadores a través del correo electrónico, la mensajería instantánea o el chat, la publicación de información falsa sobre la víctima, la suplantación de identidad con el fin de obtener información o dañar de cualquier modo al sujeto, burlándose de sus contactos en la red social, el envío de software malicioso o de material pornográfico u ofensivo para dañar a la víctima, la incitación a otras personas al acoso o a proferir amenazas o agredir a la víctima, el insulto o calumnia, leve y grave, la intimidación o coacción a través de comunicación escrita o verbal por medio de Internet, etc. Con ello, sufren los menores ya por sus compañeros como por adultos una amplia gama de ataques que puede afectar a su honor, intimidad, libertad o dignidad e imagen.

Por todo lo expuesto, la protección de los derechos al honor, intimidad, imagen y tratamiento de los datos de los menores en Dispositivos móviles, Internet y Redes sociales es un desafío importante en el desarrollo de la red que requiere un esfuerzo

---

<sup>626</sup> En la Sentencia del Juzgado de Instrucción nº4 de Sevilla nº67/2009, de 25 de febrero, consta como único hecho probado que *“El acusado Benjamín colocó en su perfil de Tuenti una fotografía en la que aparecía el menor Evelio (...), compañero de clase en el colegio San Antonio María Claret, tocando el violín en el interior de una mira telescópica, la cual compartió con todos los contactos de su perfil y tuvo colgada en Internet durante dos meses aproximadamente: fotografía que previamente había manipulado el acusado con software informático adecuado, provocando deliberadamente comentarios despectivos hacia Evelio por parte de otros compañeros del colegio a los que el acusado contribuyó en primera persona a través de los chats que sostuvo con los mismos”*.

<sup>627</sup> Definido por Patchin e Hinduja el concepto de ciberbullying como “el daño intencional y repetido infringido a través del medio del texto electrónico”. Smith et. al. lo define como “una acción agresiva e intencional, desarrollada por un grupo o un individuo, usando formas electrónicas de contacto, repetidas veces a lo largo del tiempo contra una víctima que no puede defenderse fácilmente”. La doctrina coincide en que el maltrato puede adoptar múltiples formas, incluyéndose acciones como atormentar, amenazar, acosar, humillar, avergonzar, etc., conductas que no siempre van a tener encaje en los preceptos del CP. Debe diferenciarse el cyberbullying de dos fenómenos; el cyberstalking, definido como “el uso de internet otra tecnología de comunicación para hostigar, perseguir o amenazar a alguien”, englobaría las conductas de acoso u hostigamiento continuado a adultos en el ciberespacio. El on line harassment o cyberharassment, que suele emplearse para referirse a actos concretos, y no continuados, de bullying o stalking en el ciberespacio. El cyberharassment, incluye todas las conductas del cyberbullying (y también de cyberstalking cuando se realiza a un adulto) cuando no son realizadas de forma continuada por el mismo sujeto o sujetos sobre la misma víctima.



de los tres agentes implicados cuales son: Los poderes públicos, cuyo fin es conseguir una regulación unificada de carácter mundial que fije una edad única que determine cuando se permite ceder por los menores su datos sin el consentimiento de sus representantes legales. Una regulación específica en nuestro ordenamiento de determinadas conductas atípicas, como la suplantación de identidad, que permita un sencillo encaje en el mismo. De los agentes de la industria, los cuales deben desarrollar e implantar medidas que controlen la publicación de contenidos y el acceso al material no adecuado y de los educadores deben adquirir los conocimientos informáticos necesarios que les permita velar por la educación de los menores.

## **4. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD DEL MENOR**

### **4.1. POR LOS PODERES PÚBLICOS**

En España se ha trabajado en diversas direcciones para garantizar la protección de los menores en las nuevas tecnologías, en primer lugar, proporcionando información mediante la elaboración de guías y materiales gratuitos publicadas por INTECO, sirva de ejemplo la Guía de menores en Internet para padres y madres<sup>628</sup>, es una guía básica en la que se les dan consejos generales y específicos según la edad de los menores, se les informa de los problemas que los menores suelen encontrar y hacer en Internet, y se dan consejos generales para el mantenimiento del equipo. La Guía de herramientas de seguridad para hogares. La Guía práctica sobre cómo activar y configurar el control parental de los sistemas operativos. La Guía para la protección legal de los menores en el uso de Internet. La Guía sobre las redes sociales, menores de edad y privacidad en la Red y la Guía para proteger y usar de forma segura su móvil<sup>629</sup>. La Guía de la AEPD bajo el título “@ Derechos de NIÑOS Y NIÑAS y Deberes

---

<sup>628</sup> Consultar en <http://www.inteco.es>.

<sup>629</sup> *Estudio sobre seguridad y privacidad...*, ob. cit., p. 127. La sección web “Menores Protegidos”, con información y recursos dirigidos tanto a adultos (padres, madres y educadores) como a los propios menores. La sección está disponible en la web de la Oficina de Seguridad del Internauta [http://www.osi.es/Protegete/Menores\\_protegidos](http://www.osi.es/Protegete/Menores_protegidos) y en la de INTECO 248

### CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

---

de los PADRES Y MADRES”, en ella se recogen aspectos tales como el consentimiento si es menor de 14 años para que se puedan tratar sus datos, distinguir los riesgos, asegurar que los niños no accedan a Internet a través de entornos no confiables, leer la política de privacidad, informarles de los peligros de su uso, ser cuidadosos con los foros, chat o redes sociales. La Guía derechos de niños y niñas deberes de los padres y madres<sup>630</sup>. Ahora bien, mi crítica, va dirigida a que prácticamente en todas ellas se suele abordar el acceso a Internet con carácter general, sin especificar si el acceso se realiza a través del teléfono móvil u otros dispositivos<sup>631</sup>.

En segundo lugar, una de las mejores herramientas de las que dispone el Ministerio del Interior para concienciar a los padres y educadores, y sobre todo para informar a los más jóvenes de cómo surfear por la red de manera segura, es el ya citado Plan Director para la Convivencia y Mejora de la Seguridad en los Centros Educativos y sus Entornos, cuyos objetivos principales son acercar los servicios públicos de seguridad a la comunidad escolar con el fin de mejorar la confianza de los niños y jóvenes en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y prevenir episodios graves que puedan amenazar la seguridad de los menores como el acoso escolar, el consumo de drogas y alcohol, la xenofobia y las conductas incívicas, la violencia sobre la mujer, y los riesgos que las redes sociales e Internet pueden contener, en el que un 92% de los menores encuestados considera útiles los consejos recibidos de la Policía Nacional,

---

*[http://cert.inteco.es/Proteccion/Menores\\_protegidos](http://cert.inteco.es/Proteccion/Menores_protegidos). La Publicación de guías y materiales gratuitos, todas ellas disponibles en [www.inteco.es](http://www.inteco.es). El Lanzamiento de SecuKid®, juego para móviles dirigido a niños y adolescentes a partir de los 11 años. El juego está concebido para conocer algunos riesgos de Internet, sus efectos y cómo prevenirlos. Está disponible en: [http://www.secukid.es/La elaboración y publicación online](http://www.secukid.es/La_elaboración_y_publicación_online) de TriviRal®, juego de preguntas y respuestas sobre las amenazas existentes en Internet. El juego se encuentra disponible online en <http://www.navegacionsegura.es/>.*

<sup>630</sup>Derechos de niños y niñas deberes de los padres y madres publicada por la AEPD, año 2008.

<sup>631</sup> Consultar en <http://www.lavanguardia.com/vida/20141126/54420269314/una-app-uab-ayuda-denunciar-contenidos-multimedia-vulneran-derechos-menores>. la app deriva las denuncias al Consell Audiovisual de Catalunya (CAC), el Defensor de l'Audiència de la Corporació Catalana de Mitjans Audiovisuals; el Ministerio de Educación y el Sistema de autocontrol europeo de información sobre videojuegos la app deriva las denuncias al Consell Audiovisual de Catalunya (CAC), el Defensor de l'Audiència de la Corporació Catalana de Mitjans Audiovisuals; el Ministerio de Educación y el Sistema de autocontrol europeo de información sobre videojuegos.

de la Guardia Civil y de la Policía Local. Asimismo, el Plan Estratégico de Convivencia Escolar aprobado en enero de 2016 viene a reforzar el mencionado plan.

Pero todo ello, se debe hacer sin dejar pasar por alto cómo ha de ser la intervención de los responsables parentales, pues su labor de asistencia en el desarrollo de la personalidad de los hijos será fundamental. Y es aquí, donde la AEPD ha puesto especial atención en la formación e información acerca de los peligros que traen las nuevas tecnologías, mediante diversos estudios realizados en colaboración con INTECO<sup>632</sup> dirigidos a los usuarios de Internet con el fin de concienciarles de la problemática, los riesgos que plantean su utilización y estableciendo una serie de pautas de actuación a los menores, padres, tutores y educadores (en el colegio o en las actividades extraescolares) incluyendo una serie de recomendaciones dirigidas a los usuarios, padres o tutores en el mundo de Internet en el que existen entornos y servicios que pueden no ser seguros para un niño, debiendo ser especialmente cuidadosos en espacios como foros, chats o redes sociales<sup>633</sup>. Además, en fecha 24 de octubre de 2014, ha presentado “Tudecideseninternet.es”, un proyecto dirigido a fomentar la concienciación de los menores en el uso adecuado y responsable de la información que publican en la Red, tanto propia como de terceros, y que configura el nuevo “Canal Joven” de la Agencia<sup>634</sup>.

En tercer lugar, se ha incidido en la necesidad de difundir eficazmente los canales de denuncia existentes como la web de la Oficina de Seguridad del Internauta la sección de “Menores Protegidos”, dirigidos tanto a adultos (padres, madres y educadores) como a los propios menores. Algunas CCAA, como Andalucía, también han implementado líneas de actuación telefónica y canales para la recepción de denuncias con este objetivo. Ya en el marco europeo y bajo el auspicio del programa

---

<sup>632</sup> La *Guía-Recomendaciones a usuarios de Internet* publicado por AEPD en el año 2009; el *Estudio sobre la percepción de los usuarios acerca de su privacidad en Internet* ha sido elaborado por INTECO, en diciembre de 2012; el *Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online* publicado por AEPD e INTECO en 2008 y el *Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online* publicado por AEPD e INTECO en el año 2009.

<sup>633</sup> Consultar en <http://protegete.jccm.es/opencms/Ciudadanos/Protección-datos/menores.html>.

<sup>634</sup> Accesible en [www.agpd.es](http://www.agpd.es). 24/10/2014.

**CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR,  
INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS  
TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

Safer Internet Action Plan se ha creado la red International Association of Internet HotLines (INHOPE), para coordinar las líneas de denuncia europeas (en España gestionado por Protégeles a través de [www.protegeles.com](http://www.protegeles.com)).

En último lugar, los poderes públicos deben instar a promover la elaboración de códigos de conducta en el seno de la propia industria.

## **4.2. INICIATIVAS DE CARÁCTER AUTORREGULATORIO**

Los nuevos canales de comunicación exigen un control más horizontal de protección que implique tanto a los poderes públicos como a todos los agentes de la industria.

Ahora bien, como sostiene MARTÍNEZ OTERO<sup>635</sup> este tipo de controles internos tienen sus pros y sus contras, en el lado de las ventajas hay que subrayar su flexibilidad y versatilidad, así como su mayor grado de legitimidad dentro de un sector especialmente sensible a las injerencias del poder público, en el lado contrario, la autorregulación presenta la principal desventaja de que su efectividad final depende de la buena voluntad de quien libremente se somete a estos controles.

En España, en relación a los dispositivos móviles, además de la normativa específica aplicable cabe resaltar, que desde diciembre de 2007, existe un Código autorregulador de Conducta de Operadores Móviles aprobado por los principales operadores móviles (Orange, Telefónica, Vodafone y Yoigo), para fomentar un uso responsable por los menores de edad a los servicios de contenidos de comunicaciones electrónicas móviles en nuestro país. Con dicho código, se diferencia entre contenidos ilegales y contenidos no aptos para menores. De tal modo, que los operadores se comprometen a seguir luchando contra los primeros y a etiquetar los segundos con el

---

<sup>635</sup> MARTÍNEZ OTERO, ob. cit., p. 280.

fin de restringir su acceso a los menores de edad. Además, existen Códigos similares, en Francia, Estados Unidos o Reino Unido. Si bien, en este último país su característica específica es el sistema de autorregulación e incluye una instancia de reclamaciones, al que puede recurrir cualquier usuario que discrepe de la clasificación otorgada a determinado material<sup>636</sup>.

Ya en lo que respecta a las redes sociales, regular Internet es difícil debido a una serie de dificultades como son su origen, pues no hay que olvidar que fue concebido por sus usuarios como un espacio sin censuras en que todo podía hacerse o decirse y ningún gobierno nacional estaba legitimado para intervenir en dicho entorno en el que la libertad de expresión y de comunicación se entendía como absoluta<sup>637</sup>. Pero como consecuencia del fenómeno de anonimato en la Red, los usuarios se acostumbraron a actuar bajo perfiles ficticios que otorgaron mayor sensación de seguridad y también de irresponsabilidad, y los hechos posteriores (pornografía infantil) hicieron necesario la presencia del derecho, sin embargo, debido a su carácter transnacional, surge el problema de determinar la responsabilidad por las conductas ilegales llevadas a cabo, exigiendo por tanto respuestas internacionales. A ello, hay que añadir la diferencia de ritmos entre el desarrollo de las nuevas tecnologías y la ciencia jurídica, propiciando una laguna que se extiende en la distancia y separa el avance técnico de las soluciones jurídicas.

Para los menores, igualmente es complicado que tengan una regulación específica así como una intervención y prevención debido a la frenética evolución que viven las TIC, a la globalización y transnacionalidad de Internet como bien advierte FLORES FERNÁNDEZ<sup>638</sup>. Todas estas limitaciones en el Derecho hace especialmente importante el papel de la co-regulación y la autorregulación en Internet, que frente a

---

<sup>636</sup> El Código británico es el Mobile Operator Code of Practice for the self-Regulation of New Forms of Content on Móviles, y la instancia de reclamaciones, el Independent Mobile Classification Body (IMCB).

<sup>637</sup> Para una exposición detallada de la polémica en torno a la regulación de Internet, vid. GARCÍA MEXÍA, P., *Principios de Derecho de Internet*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 4 y ss.

<sup>638</sup> FLORES FERNÁNDEZ, J., "Ciberderechos: los e-derechos de la infancia en el nuevo contexto TIC", <http://www.pantallasamigas.net>.

### CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

---

la regulación existente tal y como reflexiona FERNÁNDEZ ESTEBAN presenta ciertas ventajas que la hacen especialmente apropiada para algunos de los aspectos jurídicos de Internet<sup>639</sup>.

Actualmente, las principales iniciativas de co-regulación y autorregulación en el marco protector de los menores en Internet son: *Las líneas de denuncia*: Mecanismos para que los usuarios notifiquen a las autoridades contenidos ilegales o dañinos que pueden encontrarse en Internet. Muchas de estas líneas están basadas en la idea de colaboración entre los particulares y los poderes públicos. *Etiquetado de contenidos*: Consiste en la descripción del contenido de un sitio web a través de distintas categorías preexistentes: juego de azar o apuestas, violencia, sexo, lenguaje soez, etc. *Filtros de contenido*: Limitan el acceso a sitios de web con contenido nocivo. Pueden funcionar de muy diversas maneras: con sistemas de *listas blancas* -solo se admite el acceso a los sitios web consignados en la lista- o de *listas negras*- sólo se limita el acceso a los sitios web de la lista- o en conjunción con un sistema de etiquetado de contenidos, bien a través de software que detecte determinadas palabras o expresiones y su contexto que limite el acceso a las páginas las cuales se entiende que albergan contenido no adecuado. *Verificación de la edad*: Exigencia de confirmación de la edad del usuario antes de mostrarle el contenido de la página solicitada. *Señalización*: Antes de ofrecer el contenido de la web se advierte al usuario del tipo de contenido que va a encontrar, ya que se considera que éste puede ser nocivo. Sólo cuando el usuario reconoce haber leído la advertencia y manifiesta su voluntad de visitar el sitio, se le permite el acceso a la web o servicio. *Códigos de conducta de los Prestadores de servicios intermediarios (ISP)*: Distintas asociaciones de ISP han desarrollado códigos tendentes, entre otras cosas, a proteger a los menores en Internet. Estos Códigos, de muy diversa naturaleza, señalan que contenidos son

---

<sup>639</sup> FERNÁNDEZ ESTEBAN, señala que la autorregulación “es una alternativa flexible, eficaz y rentable a la regulación, ya que consigue los mismos efectos que la regulación sin la lentitud que conllevan los procesos regulatorios”. FERNÁNDEZ ESTEBAN, M.L., “Internet y los derechos fundamentales”, *Anuario jurídico de la Rioja*, nº 6-7, 2000-2001, pp. 321-356.

permitidos, las vías existentes para denunciar a aquellos que no lo son y la respuesta que frente a ellos han de ofrecer las ISP. Estándares de la comunidad en páginas con contenido generado por los usuarios. Algunas comunidades han desarrollado su propio Código de contenidos y los medios para denunciar y retirar los contenidos ilegales o inadecuados (por ejemplo la bandera roja en Youtube, la pueden utilizar los usuarios para informar de contenidos nocivos)<sup>640</sup>.

Si bien es evidente que los Códigos de conducta elaborados por las redes sociales más significativas (Tuenti, Facebook o Instagram) son similares, lo cierto es que mantienen diferencias en cuanto a la edad de acceso. Pues mientras Tuenti la fija en 14 años, Facebook e Instagram en 13 años. Pese a ello, se está apostando por la autorregulación desarrollada por Códigos de conducta pues se considera que es un instrumento extraordinariamente útil, oportuno y en esta dirección ha ido el nuevo reglamento europeo de protección de datos al aconsejar a las redes sociales que aprueben un Código de conducta en el que se incluya que los usuarios no puedan ceder datos de otras personas en la página personal sin su consentimiento, como puede ser fotografías o su etiquetado, la protección de los niños, la transparencia de la información al interesado o la inclusión de los mecanismos de supervisión y garantía, como procedimientos extrajudiciales y de resolución de conflictos, que permitan resolver las controversias entre los responsables y los interesados, sin perjuicio de acudir a las autoridades de control y a los tribunales.

Pero en comparación con otros países de la Common Law, el desarrollo de la autorregulación y de los Códigos de Conducta para Internet en España ha sido mucho menor porque la tendencia en el mundo anglosajón es hacia una autorregulación pura, mientras que en la UE se promueve una co-regulación, en sectores determinados, en los que la autorregulación y la regulación tradicional se complementen. A pesar de ello, cabe citar el Código tipo “Confianza Online” sobre comercio electrónico y publicidad interactiva promovido por las principales asociaciones españolas en estos

---

<sup>640</sup> MARTÍNEZ OTERO, ob. cit., p. 237.

### **CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

sectores<sup>641</sup> que surge en el año 2002, siendo su última actualización en febrero de 2015. Resaltar que su título V se destina específicamente a la protección de los menores.

En consecuencia, los Códigos de conducta son una forma de regulación interna que funciona como un contrato entre los proveedores del servicio y sus usuarios. En ellos, se plantea que la responsabilidad civil de los derechos que vulneran el honor, la intimidad e imagen corresponden a sus autores directos, pero también las redes asumen tal responsabilidad en tanto que son el medio donde se publica la información<sup>642</sup>.

Por todo lo expuesto, con el fin de minimizar, limitar o erradicar los riesgos de los menores de edad, soy partidaria de fomentar y explorar en mayor medida la autorregulación, y uno de los contenidos a tratar por los redactores de estos Códigos de conducta será la protección de este colectivo, debiendo ser redactados con un lenguaje y términos que garanticen su plena comprensión, así como ofrecer una explicación clara sobre la importancia del respeto de todo lo relativo al honor, intimidad, imagen o tratamiento de datos personales de uno mismo y de los demás. Pues aun cuando puede tener escaso valor jurídico, su eficacia radica en la convicción de que su implantación genera una conciencia de respeto entre los internautas<sup>643</sup>.

#### **4.3. POR LOS AGENTES DE LA INDUSTRIA**

---

<sup>641</sup> Principalmente, por la Asociación Española de Comercio Electrónico y Marketing Relacional (AECEM) y la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (AUTOCONTROL), en colaboración con IAB Spain (Interactive Advertising Bureau Spain) y junto a muchas otras Asociaciones participantes. Puede consultarse el texto del Código en la web de la AEPD, en la sección dedicada a los Códigos Tipo ([https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/codigos\\_tipo/index-ides-idphpg.php#rgpg](https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/codigos_tipo/index-ides-idphpg.php#rgpg)).

<sup>642</sup> MALUQUER DE MOTES BERNET, C.J., "Los Códigos de conducta como fuente d Derechos" *Derecho Privado y Constitución*, nº. 17, Enero-Diciembre 2003, p. 362. Se refiere a los Códigos de conducta bien como propuestas o principios que se llevan a cabo por la propia ley, por empresas de un sector, con la finalidad de establecer unos principios y unas reglas de garantía y de cumplimiento, bien como acuerdos entre empresas y consumidores, que den mayor confianza y seguridad a las relaciones entre las empresas y a las relaciones entre empresas y consumidores.

<sup>643</sup> RODOTÁ, S., "Códigos de conducta: entre hard law y soft law", en *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, (Coord. A. REAL PÉREZ), Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 25.



Para proteger a los menores de los contenidos audiovisuales y digitales a los que se puede acceder a través de los dispositivos móviles -politonos, canciones, imágenes, juegos, fondos de escritorio, etc.- la industria ha desarrollado sistemas de clasificación de contenidos que permiten a los padres elegir a qué contenidos pueden acceder sus hijos desde el móvil. Con estos sistemas, los operadores móviles, se comprometen a clasificar el contenido que ofrecen en dos grandes categorías: apto para todos los públicos, o apto solo para mayores de edad. De tal forma, que los padres al contratar una línea pueden activar un sencillo sistema de filtrado que bloqueará el acceso desde esa línea al contenido calificado como apto sólo para mayores de edad.

La cuestión es que la limitación de los contenidos no recomendados para menores afecta a los contenidos desarrollados u ofrecidos directamente por los proveedores de servicios de la telefonía móvil, pero no a aquellos contenidos de Internet a los que el usuario accede a través de su terminal móvil. Consecuencia de ello, para controlar el posible acceso de menores a contenidos nocivos de Internet, la industria de la telefonía móvil se ha comprometido -espoleada por diversas normas y recomendaciones de los poderes públicos- a incluir en los dispositivos móviles filtrados web. Por el momento, -a pesar del trabajo de las compañías de servicios móviles- la implantación de estos filtros no se ha generalizado, ya que precisan de un software complejo que ralentizaría la velocidad de la navegación<sup>644</sup>.

Además, se han desarrollado herramientas tecnológicas en los smartphones o tablets que permiten denunciar contenidos multimedia que vulneren derechos de los menores de edad, como son la creación de una App PROTÉGETE impulsada por PROTÉGELES<sup>645</sup>, junto a las operadoras Telefónica, Vodafone, Orange y Yoigo o de

---

<sup>644</sup> MARTÍNEZ OTERO, ob. cit., p. 288.

<sup>645</sup> De manera que, los menores desde smartphones o tablets y en cualquier momento y desde cualquier lugar, a través de tres sencillos botones podrán realizar una denuncia anónima sobre un contenido ilegal o nocivo que hayan encontrado en internet. Pedir ayuda ante situaciones de acoso escolar en internet (ciberbullying), de acoso sexual hacia menores (grooming), usurpaciones de identidad en redes sociales y otras situaciones conflictivas en las que se puedan encontrar. Determinar su nivel de conocimientos básicos

### CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

---

otra aplicación gratuita, App MEDIAKIDS, programa pionero en Europa que ha desarrollado el Instituto de Derecho y Tecnología de la UAB dentro del programa RecerCaixa, que impulsa l'Obra Social la Caixa y la Associació Catalana d'Universitats Públiques.

Ya en relación a las redes sociales y plataformas colaborativas se debe fomentar la concienciación y la formación de sus usuarios respecto de la protección de la privacidad o intimidad y la protección de sus datos de carácter personal y, de manera especial, la protección de los menores de edad.

Según las investigaciones realizadas por la organización "Center for Media Education", existen dos tipos de amenaza para los menores en Internet: 1ª) La invasión de su privacidad a través de la solicitud on line de datos de carácter personal y el seguimiento que se hace de las actuaciones de éstos en la Red. 2ª) La explicación de su vulnerabilidad frente a las nuevas formas de publicidad ilícita, falsa y engañosa, que ponen en peligro la salud y seguridad de éstos<sup>646</sup>.

Por consiguiente, las dos direcciones en las que debe actuar la industria son la privacidad y los sistemas efectivos de comprobación de la edad de los menores. En lo atinente a la primera, las pautas en las cuales deben trabajar las redes sociales conforme a un Estudio sobre la percepción acerca de los usuarios en Internet de INTECO<sup>647</sup> son: Evitar la indexación por buscadores, garantizar la seguridad tecnológica de la plataforma, trabajar activamente en la formación y concienciación de los usuarios sobre la privacidad. Por lo tanto, es necesario que las plataformas y redes sociales lleven a cabo acciones dirigidas a velar por la privacidad de los usuarios y

---

sobre seguridad y uso responsable de internet y las Tecnologías de la Información y la Comunicación, ya que la app dispone de un test autoevaluable, que les formula preguntas sobre estos aspectos y va corrigiendo sus respuestas.

<sup>646</sup> PRENAFETA RODRÍGUEZ, J "La privacidad de los menores y el marketing a través de Internet", *Noticias Jurídicas*, Junio, 2002. En línea <http://noticiasjuridicas.com>.

<sup>647</sup> *Estudio sobre la percepción acerca de los usuarios en Internet*, elaborado por INTECO, diciembre de 2012, p. 62.

participar en su concienciación, especialmente a los menores de edad, como pueden ser configurar por defecto el máximo grado de privacidad del perfil de usuario, permitiéndole que pueda graduarlo en función de sus preferencias. En definitiva, tal y como defiende GIL ANTÓN<sup>648</sup> las distintas redes sociales deben avanzar en la privacidad por defecto en lo referente a los niveles de acceso de los datos personales publicados en el perfil -uno de los principales parámetros de confidencialidad-. Y en esa línea, cada vez existen más número de redes sociales que cuentan en sus configuraciones la privacidad por defecto, configuraciones iniciales que no se encuentran en abierto, limitando el nivel de publicidad para que la información quede accesible únicamente para los amigos y no para los amigos de éstos. Entre ellas, están las redes sociales más conocidas, como Tuenti, Facebook o Google que están trabajando en aras a fortalecer la privacidad de los menores en la red. Tanto es así, que Tuenti tiene previsto no sólo una Guía para los menores con una información más adecuada a la edad y formación sobre las funcionalidades y riesgos de la red social, sino que cada vez da mayor relevancia al establecimiento de los denominados canales de denuncia<sup>649</sup> para garantizar la inexistencia de intromisiones ilegítimas en los derechos de los menores, con respuestas rápidas ante solicitudes efectuadas de eliminación de comentarios, fotografías lesivas con la intimidad, el derecho a la propia imagen o a los datos personales. En lo concerniente a su modelo de gestión de la privacidad se ha basado en dos decisiones técnicas, la primera se realiza un esquema de escalón de privacidad, pues sólo se puede acceder a través de la invitación de otra

---

<sup>648</sup> GIL ANTÓN, ob. cit., p. 83.

<sup>649</sup> Muchas de las plataformas de redes sociales, prevén la posibilidad de denuncia abusos o delitos cometidos a través o utilizando su red social, es el caso por ejemplo, DENUNCIAR EN FACEBOOK, su web señala lo siguiente: En muchas ocasiones podemos descubrir fotos prohibidas, estas están inhabilitadas en Facebook. Ya que en esta red social podemos encontrar numerosos usuarios menores, en un caso así no dudes en denunciarla. Para denunciarla debes ir abajo de la foto, donde diga etiquetar abajo dice denunciar haz un clic allí y Facebook está actuando rápidamente. DENUNCIAR EN TUENTI, la web de TUENTI, señala "Qué hacer ante una *situación de acoso* en Tuenti". DENUNCIAR EN Badoo, dice lo siguiente: Badoo es una red social diseñada como un lugar de encuentro para conocer gente nueva, charlar y compartir fotos, noticias e información. Intentamos que sea un lugar divertido y es importante para nosotros (y para ti) que siga teniendo un ambiente agradable y seguro. Badoo es un lugar de encuentro para adultos. Solamente puedes usar y hacerte miembro de Badoo si eres mayor de 18 años (o cualquier otra edad considerada como mayoría de edad en tu país de residencia). ABUSOS/QUEJAS EN Badoo. ¿Cómo puedo denunciar a alguien que no respeta las Condiciones? Puedes denunciar un abuso o realizar una queja sobre algún Contenido en Badoo a través del formulario que encontrarás en la siguiente página: Feedback. También puedes denunciar a un usuario directamente desde su perfil, haciendo clic en el enlace "Denunciar un abuso", eligiendo el asunto de la queja y añadiendo un comentario de lo sucedido y de lo que creas conveniente.

### CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

---

persona, de tal forma que cuando se produce un comportamiento inapropiado, no sólo se puede localizar ese comportamiento y quién lo ha protagonizado, sino también a la persona que invitó a la plataforma al usuario infractor, lo que da cierta seguridad. La segunda, es que Tuenti ha tomado la decisión de ser una plataforma estanca, de forma que ningún contenido, foto, perfil o comentario alojado en Tuenti, es disponible desde fuera, a diferencia de la mayor parte de los espacios sociales que están abiertos a buscadores<sup>650</sup>. Por su parte, Facebook si bien recientemente ha modificado su página con una configuración de la privacidad por defecto, haciéndola más amigable y comprensible para los menores. Sin embargo, desde el año 2013 ha levantado restricciones a los menores de 18 años que les impedía distribuir contenidos más allá de sus amigos o amigos de los amigos, de manera que actualmente los adolescentes pueden modificar manualmente la configuración y compartir información con el público: comentarios, fotos, vídeos, promociones, etc. Además, los menores podrán utilizar la función de “seguimiento”, que permite recibir automáticamente los mensajes públicos de otro usuario sin necesidad de que los dos estén vinculados en el servicio como “amigos mutuos”. La polémica medida, la ha suavizado mediante la advertencia con un aviso especial las primeras veces que el adolescente emplee la opción pública para distribuir sus contenidos. A cambio, la red social ha eliminado definitivamente de su sistema la opción que permitía a los usuarios bloquear su perfil para que no pudieran ser localizados por cualquiera que hiciera una búsqueda por

---

<sup>650</sup> Como todas las plataformas sociales existen tres escalones básicos: los perfiles cerrados para sólo los amigos, norma para todos los menores de edad, los perfiles abiertos para los amigos de nuestros amigos; y, finalmente los perfiles abiertos al resto de la plataforma. Pese a ello, se viene observando que este sistema escalonado de protección no es suficiente, por lo que Tuenti ha incorporado matices a la gestión de la intimidad, como por ejemplo, un padre puede decidir que ningún desconocido mande una mensaje al perfil de su hijo, o que en las fotos de Tuenti, los usuarios sólo puedan ser etiquetados por sus amigos y no por un extraño. Otra de las medidas es que se impide la descarga de fotos, de forma que es el usuario el que decide si un amigo suyo puede descargar una fotografía suya, si se comparten y se ve o si se pueden bajar. Véase la ponencia del periodista Ver ponencia de ÍCARO MOYANO (Dir. de comunicación en Tuenti hasta 2012) en Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, Consejo General de la Abogacía Española, Asociación de Prensa de Madrid: *Menores en los medios de comunicación*. Estugraf Impresores, Madrid, 2011., p. 63.

nombre<sup>651</sup>. Por último, Google también consciente también de las dificultades que la seguridad plantea ha publicado “Una Guía para mantenerse protegido en Internet”<sup>652</sup>.

Además, el art. 25<sup>653</sup> del Reglamento europeo en materia de protección de datos va en esa dirección al regular por primera vez la privacidad de datos desde el diseño y por defecto. Con esta medida de privacidad por defecto los usuarios se ven obligados a aceptar expresamente que personas distintas de sus contactos vayan a acceder al perfil, lo que reduce el riesgo de su privacidad<sup>654</sup>, es decir, en materia de redes sociales, los perfiles de privacidad de los usuarios estarán por defecto cerrados a otros usuarios, debiendo ser el usuario quien los abra a otros.

---

<sup>651</sup> Se puede ver en “Facebook levanta restricciones a los menores de dieciocho años “. *El País*, Madrid, 17 de octubre de 2013.

<sup>652</sup> La actividad de Google en el campo de protección de los menores se desarrolla en tres ámbitos: el de la tecnología poniendo herramientas a disposición de los usuarios para proteger y controlar actividad en la red; coopera estrechamente con las autoridades para luchar contra contenidos y actividades ilícitas en Internet, desarrolla esfuerzos pedagógicos para incrementar la concienciación y conocimiento público en materia de seguridad en Internet. Asimismo, entre las iniciativas es el establecimiento de un filtro que permite mediante un procedimiento de configuración muy sencillo, al alcance de cualquier usuario de Internet, evitar que el buscador ofrezca resultados relacionados con sexo explícito. Se trata del sistema “Save Search” que tiene tres opciones de configuración: la configurada por defecto. Un nivel de filtración más elevado y una opción totalmente abierta. Asimismo con “Google Lock” se permite proteger la configuración elegida por los padres a través de una contraseña. De esta manera, establecido el nivel de protección más elevado en el buscador, el menor, no puede modificar esa configuración sin conocer la contraseña. Véase ponencia de MARTÍNEZ BAVIERE, responsable del departamento legal de Google en Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, Consejo General de la Abogacía Española, Asociación de Prensa de Madrid, ob. cit., pp. 66-67.

<sup>653</sup> Art. 25. Protección de datos desde el diseño y por defecto: “1. *Teniendo en cuenta el estado de la técnica, el coste de la aplicación y la naturaleza, ámbito, contexto y fines del tratamiento, así como los riesgos de diversa probabilidad y gravedad que entraña el tratamiento para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento aplicará, tanto en el momento de determinar los medios de tratamiento como en el momento del propio tratamiento, medidas técnicas y organizativas apropiadas, como la seudonimización, concebidas para aplicar de forma efectiva los principios de protección de datos, como la minimización de datos, e integrar las garantías necesarias en el tratamiento, a fin de cumplir los requisitos del presente Reglamento y proteger los derechos de los interesados.* 2. *El responsable del tratamiento aplicará las medidas técnicas y organizativas apropiadas con miras a garantizar que, por defecto, solo sean objeto de tratamiento los datos personales que sean necesarios para cada uno de los fines específicos del tratamiento. Esta obligación se aplicará a la cantidad de datos personales recogidos, a la extensión de su tratamiento, a su plazo de conservación y a su accesibilidad. Tales medidas garantizarán en particular que, por defecto, los datos personales no sean accesibles, sin la intervención de la persona, a un número indeterminado de personas físicas.* 3. *Podrá utilizarse un mecanismo de certificación aprobado con arreglo al artículo 42 como elemento que acredite el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los apartados 1 y 2 del presente artículo”.*

<sup>654</sup> TRONCOSO REIGADA, A., “Las redes sociales a la luz de la propuesta del reglamento general de protección de datos personales” *Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 15, noviembre de 2012, p. 37.

### **CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

En lo referente a la comprobación de la edad, se puede incrementar la protección de los menores con la implantación del DNI electrónico y la autorregulación y compromiso de los titulares de las redes sociales, como así se ha reflejado en el Considerando 12 de la Decisión nº 1351/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 o en el Acuerdo al que ha llegado la Comisión Europea de 10 de febrero de 2009<sup>655</sup> con 28 compañías que operan en Internet para conseguir que sea más seguro para los menores después de que encontrara catorce portales de redes sociales que no garantizaban perfiles seguros como fue el caso de Facebook<sup>656</sup>. En las medidas adoptadas desde el ámbito de los propios usuarios, como por ejemplo la web que ha creado la Asociación de Internautas<sup>657</sup>, que presta especial atención a la protección de los menores considerando fundamental la formación de los padres. Pero actualmente, se ha desarrollado una herramienta que permite comprobar la edad que alega tener el usuario y con ello eliminar los perfiles de personas menores de catorce años; se trata de la reciente reforma recogida en el RD 869/2013 que modifica el RD 1553/2005 de 23 de diciembre, posibilitando la utilización del DNI-electrónico para identificación, además de verificación de la edad, en sistemas de registros, como por ejemplo en redes sociales, para aquellos que sean menores de catorce años. En este campo, Tuenti<sup>658</sup> ha sido pionera en implementar “Los primeros mecanismos de verificación

---

<sup>655</sup> En el Informe de la Comisión La protección de los menores en el mundo digital se indica que “los proveedores de servicios (PSI) están cada vez más implicados en la protección de menores, a pesar de las limitaciones de responsabilidad que recoge la Directiva sobre el comercio electrónico”.

<sup>656</sup> Disponible en <http://www.ticbeat.com/tecnologias/ue-protoger-menores-internet>.

<sup>657</sup> Consultar en [www.seguridadenlared.org](http://www.seguridadenlared.org).

<sup>658</sup> Tuenti no admite usuarios menores de 14 años. La red social afirma que esta nueva modalidad de verificación de identidad se encuentra dentro del compromiso de Tuenti por ser la plataforma de comunicación social, tanto en web como en móvil, más privada y segura con esta nueva opción ya son tres las que Tuenti ofrece para reactivar la cuenta. Por una parte es posible escanear una foto del DNI y enviarla, también mandar un correo electrónico que lleve adjunto la imagen de Documento Nacional de Identidad y por último pinchar en la opción de verificación con DNIE. Guía para educadores Tuenti. Tuenti NO INDEXA contenido alguno de los usuarios en buscadores de Internet sea cual sea su edad y configuración de privacidad. Pero no nos conformamos con eso. Nuestro modelo de privacidad está basado en el concepto de Privacy by Default, diseñado por la Unión Europea, de forma que los perfiles de Tuenti sólo están visibles para tus amigos. Es decir, solo podrán ver el perfil de tus alumnos aquellas personas que haya aceptado como amigos. Además, por defecto, sólo los amigos de tu hijo podrán mandarle mensajes privados. Además, Tuenti pone a disposición de los usuarios otras herramientas para proteger su privacidad, como son las opciones de

de la identidad a través de DNIe en determinadas funcionalidades de la plataforma”. Por otra parte, en España Facebook<sup>659</sup> prohíbe expresamente usar la red a los “menores de 13 años” y según su política de uso asegura en sus normas que “la creación de una cuenta con información falsa constituye una infracción de nuestras condiciones”. A su vez, Fizzikid<sup>660</sup>, ha establecido un mecanismo de verificación del consentimiento otorgado por los representantes legales, denominado “escalable”, y que cuenta al mismo tiempo con varios sistemas para proceder a la mencionada verificación. Sin embargo, esta modificación puede haber llegado bastante tarde, ya que estamos en plena evolución de una navegación que tradicionalmente se ha realizado con ordenadores, a otra fundamentalmente llevada a cabo con los teléfonos móviles o tabletas que no están preparados para el DNI-electrónico. Asimismo, y sobre sistemas en la práctica utilizados como pueden ser autorizaciones de los padres enviadas por correo electrónico, faxes o demás, se está perdiendo de vista que los hábitos de consumo han cambiado, el internauta, tenga la edad que tenga, lo que quiere es la inmediatez y como alguien acertadamente en el V Foro de la Privacidad del Data Privacy Institute expresó “Pensamos en analógico para dar soluciones legales al mundo tecnológico”.

Pese a todos los esfuerzos puestos en la protección de la privacidad y gestión de la intimidad de los usuarios menores, no debemos olvidar que los protocolos de

---

“Bloquear usuario”, “Borrar amigo”, “Bloquear en el chat”, “Bloquear invitaciones de eventos”. Recuerda, es fundamental ser consciente tanto de tu privacidad como de la del resto. Algo que se publique hoy (una foto, un comentario...) puede volverse en tu contra el día de mañana o hacer daño a un tercero. Por muchas barreras técnicas que existan, lo más importante es que uno mismo cuide los contenidos que publica y se aseguren de que en su lista de amigos están sus amigos de verdad. En última instancia, la responsabilidad legal es del usuario que sube el contenido. Vid. <http://corporate.Tuenti.com/es>.

<sup>659</sup> Facebook lanza una guía básica para proteger la privacidad que entrará en vigor el 1 de enero de 2015. Que consta de tres partes: Lo que los demás ven sobre ti. Como los demás interactúan contigo. Lo que tú ves. Accesible en <http://www.Facebook.com.about/basics.25> de noviembre de 2015.

<sup>660</sup> Consentimiento otorgado por representantes legales. Sistema de verificación escalable: Conforme al art. 13 del RLOPD, FIZZIKID recabará siempre el consentimiento de los representantes legales para el tratamiento de los datos personales de los menores de 14 años. o pasaporte, copia del Libro de Familia o documento equivalente deberán ser claros y legibles. En el caso de no recibir respuesta en dicho plazo el perfil de usuario/a será suprimido, procediéndose a la cancelación de oficio e inmediata de toda la información personal asociada al mismo/a. Según los casos, PEQUECIENCIA podrá introducir sistemas de doble verificación en el que los móviles de los/las usuarios/as puedan actuar como elementos activos de seguridad.



### CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

---

privacidad de cada red social deben actualizarse y sofisticarse continuamente para conseguir que los resultados sean realmente eficaces.

#### 4.3. POR LOS PADRES O TUTORES Y LOS EDUCADORES

Todas las actuaciones llevadas a cabo por los poderes públicos y la industria para proteger a los menores deben ser reforzadas con el control parental que como bien expone AVILÉS<sup>661</sup> puede ser un control activo: educando, informando y estando pendientes directamente de las actividades de nuestros hijos o un control pasivo: ayudándonos de “herramientas” específicas que controlen que nuestros hijos no accedan de forma involuntaria a contenidos impropios para ellos en la Red. En cualquier caso, es necesario concienciarnos cuando tenemos hijos de la necesidad de disponer de herramientas específicas de control parental para tener un buen control y utilizar también el sentido común<sup>662</sup>. La misma cuestión plantea mayor problema cuando el menor no vive en el seno de una familia, ni siquiera en situación de acogimiento<sup>663</sup>, sino que se encuentra internado en un centro de acogida o de reforma<sup>664</sup>.

Actualmente, los niños y adolescentes muestran su preferencia más concretamente por el smartphone, debido a que les permite comunicarse con otras personas, utilizar aplicaciones de diversos tipos y conectarse a la Red. Y pese a que los

---

<sup>661</sup> AVILÉS, ob. cit. p. 201.

<sup>662</sup> AVILÉS, ob. cit., pp. 202-203. Herramientas de las que disponemos para tener un buen control parental: INTECO ofrece en su página web un buen listado de útiles gratuitos: [http://cert.inteco.es/software/Proteccion/utiles\\_gratuitos](http://cert.inteco.es/software/Proteccion/utiles_gratuitos), en la misma línea se encuentra la Oficina de Seguridad del Internauta (OSI) en su objetivo de fomentar la cultura de la seguridad en Internet entre los más pequeños: <http://menores.osi.es/>. Además de programas específicos, también podemos configurar nuestro navegador para bloquear sitios web o filtrar contenido perjudiciales para los niños: Firefox: <http://support.mozilla.org/es/kb/Control%20parental>. Explorer: <http://windows.microsoft.com/es-es/windows-vista/Set-up-Parental-Controls>. Google: <http://www.google.com/familysafety/>

<sup>663</sup> Aun cuando los acogedores no ostenten la representación legal de los menores acogidos tiene igualmente el deber de velar por ellos, educarlos y procurarles una formación integral. PALACIOS GONZÁLEZ, M. D. “La tensión entre educar, proteger y promover la autonomía personal: el ejercicio de los derechos de la personalidad por los menores de edad” en *Relaciones paterno-filiales Congreso Idae 2011*, (Dir. C. LASARTE ÁLAVAREZ y Coord. F. J. JIMÉNEZ MUÑOZ), Tecnos, Madrid, 2014, p., 103.

<sup>664</sup> En estos casos, se ha defendido incluso la necesidad de que la intervención de las comunicaciones esté garantizada por previsión legal expresa que se aplique de acuerdo con el principio de proporcionalidad. ALÁEZ CORRAL, B., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003, p., 214.



expertos en tecnología dicen que el smartphone es fundamentalmente un teléfono pero una excelente herramienta que ofrece multitud de opciones como Internet. ¿Deben los padres comprar un smartphone al menor? La cuestión está en el uso que se le dé y la madurez que tenga el menor lo que hará que se convierta en una herramienta útil o peligrosa. En ese sentido, es fundamental el papel de padres, madres y docentes<sup>665</sup>, los cuales deberán informarse previamente de las posibilidades de control parental y las opciones de bloqueo, monitorización del uso de los recursos del smartphone, seguridad, etc., que les serán útiles para supervisar el correcto uso por parte del menor<sup>666</sup>. Pero también la necesidad de herramientas tecnológicas efectivas para los menores al 100%. Pues tal y como analiza GÓMEZ HIDALGO<sup>667</sup> las herramientas tecnológicas en los dispositivos móviles son menos efectivas que en Internet y redes sociales debido a la incapacidad de filtrar los contenidos en móviles y tablets que tengan una efectividad del 100% en comparación con las herramientas disponibles para PCs<sup>668</sup>.

Y a pesar de toda la batería de herramientas, se conocen pronunciamientos de los Tribunales en los que se condena a los titulares de la patria potestad por los daños morales causados por sus hijos por el mal uso de las nuevas tecnologías, al entender que se les debe exigir a los padres una mayor atención y educación orientada al correcto uso de la nuevas tecnologías y a prevenir su uso inadecuado<sup>669</sup>.

---

<sup>665</sup> Consultar en <http://www.chaval.es/chavales/experiencias/educadores>.

<sup>666</sup> *Estudio sobre hábitos seguros en el uso de smartphones...*, ob. cit., p. 114.

<sup>667</sup> GÓMEZ HIDALGO, J. M., "Menores y Móviles, Usos, riesgos y controles parentales", 19 de abril 2013, [www.mavir.net/docs/jmgomez-uem-abr2013.pdf](http://www.mavir.net/docs/jmgomez-uem-abr2013.pdf), p. 57.

<sup>668</sup> GÓMEZ HIDALGO, Hace una serie de recomendaciones para los padres, tutores y educadores: Sensibilización y educación. Definir normas de uso. Horarios, lugares, funciones, contactos, aplicaciones y prácticas de seguridad. Supervisión manual "navegar con el menor". Herramientas tecnológicas como complemento. Los controles parentales: Programas originados para proteger a los menores Programas originados para proteger a los menores de los peligros potenciales de Internet. Inicialmente, filtros de contenidos ("*Internet is for porn*") ob. cit., pp. 45-52.

<sup>669</sup>El Juzgado de Primera Instancia nº 14 de las Palmas de Gran Canaria en Sentencia de fecha 16 de noviembre de 2010, condenó al padre de un menor por los daños causados por su hijo al colgar en Tuenti la foto de una chica de 15 años en ropa interior acompañado de descalificaciones insultantes y vejatorias. El Juzgado condenó al padre al pago de 5.000 euros al considerar que omitió los necesarios deberes de vigilancia y control de su hijo y más aun teniendo en cuenta que este deber de vigilancia es especialmente necesario en la utilización de redes sociales en Internet, dadas las amplias posibilidades que éstas permiten en cuanto al acceso a contenidos no aptos para menores.

### CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

---

Pero la cuestión reside en que falta todavía una concienciación profunda en cuanto a qué tipo de control y herramientas se debe instalar en los ordenadores de sus hijos a la hora de navegar por Internet y las redes sociales<sup>670</sup>. Pues los padres confían en el uso que sus hijos hacen de Internet, autorizando más de la mitad a usar Messenger, Whatsapp y a navegar o ver contenidos audiovisuales por Internet en cualquier momento, sin mediar supervisión alguna. En este sentido, JORDÁ CAPITÁN<sup>671</sup> dice que el mensaje a los padres dados por los poderes públicos para que eduquen a sus hijos en un uso racional y razonable de la red, en un buen número de casos, no ha calado aún pues unas veces no lo saben hacer y otras no conocen realmente el verdadero alcance de exponerse en la red y consecuentemente no se encuentran en disposición de transmitirlo a sus hijos. Por ello, lo fundamental es concienciar a los padres, tarea que no será fácil al ser inmigrantes digitales lo que requiere de un esfuerzo extra, pues la labor de asistencia de los responsables parentales en el desarrollo de la personalidad del menor será fundamental.

Por mi parte, en relación a los padres o tutores se debe seguir trabajando en el marco de la información, de la sensibilización, de la concienciación, de la aplicación de herramientas tecnológicas, de la confianza y de la transparencia en la comunicación con los hijos, pero sobre todo, educarlos en valores, responsabilidad y seguridad. Asimismo, los educadores deben ir en igual dirección pero además fomentar y formar

---

<sup>670</sup> Como así lo refleja la reciente encuesta recogida en el *Plan Director para la Convivencia y Mejora de la Seguridad en los Centros Educativos y sus Entornos para 2014-2015*, solo un 54%, de los padres habla con sus hijos/as sobre las posibles consecuencias negativas de que visiten páginas inadecuadas en Internet y el 62% comprueba las páginas visitadas por sus hijos/as. Poco más de un tercio comprueba el perfil que tiene su hijo en las redes sociales; qué amigos añade a su red social o qué grupos de Whatsapp y Messenger posee, se da la paradoja de que lo que más preocupa a los progenitores es que sus hijos puedan ser contactados por extraños en internet y que puedan cometer delitos contra ellos en la red. Y a pesar de ello, la única medida de seguridad extendida es la instalación de un software para prevenir virus o spams, obviando controles parentales u otro tipo de software para bloquear o realizar un seguimiento de páginas web inadecuado. Los contenidos violentos o inapropiados en la red para los menores, sigue siendo una de las grandes preocupaciones de los padres españoles. Un 15% indica que sus hijos han visto algo por internet que les ha disgustado o molestado en los últimos 12 meses. Sin embargo, sólo un 20% de ellos ha cambiado mucho sus hábitos después del incidente, un 24% algo, por lo que un 55% no los ha modificado en absoluto.

<sup>671</sup> JORDÁ CAPITÁN, "La utilización y protección jurídico-civil de la imagen de los menores en la red, aspectos legales y praxis judicial" en *Los derechos de la personalidad de los menores y las nuevas Tecnologías*, (Dir. E. JORDÁ CAPITÁN y V. DE PRIEGO FERNÁNDEZ), El Derecho, Madrid, 2012, p. 76.

a los alumnos en el aprendizaje personalizado, interactuando y enriqueciéndose del mismo, en el trabajo creativo y colaborativo así como en la investigación e implicación en la generación de los contenidos de las TIC. Hasta el siglo XXI los niños sólo han podido aprender de su entorno inmediato, ahora ya pueden aprender del entorno virtual.

En conclusión, como sociedad deberíamos formarles desde pequeños para que sean creadores y generadores de todo, pues pueden ser un elemento clave de transformación. Ahora, es más posible que nunca ya que los menores quieren participar, no quieren ser tratados como meros consumidores, pero es necesaria la implicación de poderes públicos, redes de la industria y de los padres y educadores ante esta nueva oportunidad.

## **5. LA PROTECCIÓN JURÍDICA EN ESPAÑA DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD E IMAGEN DEL MENOR EN LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS**

### **5.1. ASPECTOS INTRODUCTORIOS**

Los dispositivos móviles son herramientas de comunicación y entretenimiento polifacético cuya normativa aplicable dependerá del tipo de función del dispositivo: teléfono, dispositivo audiovisual, punto de acceso a Internet y cámara de fotos y de vídeo. En España, cada una de estas funciones se regula de manera diferente. La función telefónica se rige por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (STA), que se ocupa de los servicios de tarificación adicional. La función de punto de acceso a Internet por la Ley 34/2002, de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información de comercio electrónico (LSSI). Y el dispositivo audiovisual y de captación y reproducción de fotos y vídeo, por la LOPDH y la LOPJM.

**CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR,  
INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS  
TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

En cuanto a Internet y las redes sociales, al igual que los demás medios de comunicación, se rigen en el ámbito civil con carácter general por la LOPDH y la LOPJM y con carácter específico por la LSSI. En el ámbito penal, por la Ley Orgánica 1/2015 por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, que regula la responsabilidad penal de los menores (LORPM).

## **5.2. REGULACIÓN CIVIL**

### **5.2.1. De carácter general. En las Leyes Orgánicas 1/1982 y 1/1996**

Respecto a la regulación de los derechos al honor, intimidad e imagen en los nuevos medios de comunicación en el mundo virtual, nos debemos remitir al contenido del art. 3 LOPDH y art. 4 LOPJM. La cuestión es que la primera, no se detiene a distinguir el canal a través del cual se difunden la imagen o las informaciones íntimas del menor. En cuanto a la segunda, el legislador del 1996 sí presta atención al soporte a través del cual la información se difunde, previendo un tratamiento distinto cuando el canal empleado son los medios de comunicación. Mi crítica a esta ley, es la ausencia de referencia alguna a los entornos virtuales, pues pese a existir un Internet incipiente en aquel momento, ya se sabía que iba a constituirse en la herramienta de información y socialización del futuro. Naturalmente que los lugares virtuales (redes sociales, blogs, páginas dirigidas a menores) deben entenderse en un amplio sentido como medios de comunicación y por ende, quedan incluidos en la misma.

Consecuencia de la redacción del citado precepto, se nos plantea la siguiente cuestión ¿una red social es un medio de comunicación? Una reciente Sentencia de un Juzgado de Madrid<sup>672</sup>, ha negado que Internet sea un medio de comunicación social en sentido estricto y ha calificado a la Red de redes como un medio de comunicación

---

<sup>672</sup> Sentencia del Juzgado de lo Penal nº16 de Madrid, de 18 de diciembre de 2009, FJ 3º.

universal. Pese a ser criticada por la doctrina, en ella se admite tácitamente que Internet al menos es un medio de comunicación. Y por ende, cabe aplicar el citado precepto ya que se refiere con carácter general a los medios de comunicación sin añadir el adjetivo social, lo que activaría las especiales garantías que se reconocen a los derechos de los menores, en especial la legitimación del MF para revocar un consentimiento prestado en perjuicio del interés superior del menor. Por su parte, MARTÍNEZ OTERO<sup>673</sup> ahonda aún más en la citada cuestión y afirma que la respuesta no puede ser apriorística, sino que dependerá del nivel de publicidad que tenga el perfil que recoge los datos o imágenes del menor. De tal forma, que no puede tratarse de la misma manera un perfil totalmente restringido, que uno abierto tan sólo a los amigos, o un perfil totalmente público que puede ser indexado por los buscadores de Internet. En tal sentido, considera que mientras los dos primeros pueden asemejarse a un álbum de fotos familiar disponible on line, el segundo, sí puede ser equiparado con un medio de comunicación, al menos en la medida en que su contenido está disponible a todo aquel que quiera consultarlo.

A su vez, HERAS HERNÁNDEZ<sup>674</sup> enumera como intromisiones ilegítimas más frecuentes en las nuevas tecnologías las siguientes: Manifestaciones, mensajes, dibujo, consideraciones o expresiones divulgadas en redes sociales, foros, blogs, correos electrónicos, móviles, que hacen desmerecer al menor en la consideración ajena y provocan menosprecio o descrédito frente a los demás. Manifestaciones que contengan insultos, comentarios vejatorios o injurias u opiniones innecesarias para el mensaje final que se quiere dar a conocer. Divulgación de contenidos falsos dirigidos a terceras personas, o a través de las propias redes sociales con la finalidad de denigrar al menor o enfrentarle con su grupo de compañeros o amigos. Facilitar datos falsos sobre hechos delictivos, con la finalidad de provocar el menosprecio de la persona del menor. La organización por Internet de actividades que atenten contra sus derechos fundamentales, que consista en organizar concursos para que un menor sea votado como el más raro, el más feo o el más tonto. Todas estas prácticas deben ser

---

<sup>673</sup> MARTÍNEZ OTERO, ob. cit., p. 144.

<sup>674</sup> HERAS HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 18.

### **CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

consideradas como atentatorias de la dignidad del menor. La creación de perfiles falsos utilizando páginas web, fotoblog o blog con la finalidad de almacenar información verdadera o falsa de la vida de un menor para perjudicar su autoestima. Las grabaciones de situaciones comprometidas del menor con la finalidad de denigrarle públicamente mediante la divulgación de imágenes en MySpace, Tuenty o Facebook. Subir fotomontajes en los que aparezca un menor, perfectamente identificado, en situaciones denigrantes o en situaciones que ridiculizan al menor, como por ejemplo un suceso real consistente en la divulgación del rostro de un menor musulmán a la que superpone parcialmente una cabeza de cerdo. La difusión de esta imagen denigra y discrimina al menor por razón de su condición de musulmán. En otras ocasiones se reproducen escenas humillantes en su condición de menores con algún tipo de discapacidad.

Actualmente las intromisiones, ya no solo se hacen por vía mail o teléfono, sino también por los SMS, MMS y otros tipos de aplicaciones similares. En cuanto a la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, cabe recordar que toda publicación de la imagen reconocible de un menor o de aspectos de su intimidad sin su consentimiento o el de sus representantes legales vulnera lo recogido en el art. 3 LOPDH y 4 LOPJM por lo que se debe perseguir y sancionar. Sirva de ejemplo, cuando un menor cuelgue o comparta fotografías en algunas de las redes sociales podrá prestar el consentimiento a partir de los 14 años y antes de esa edad lo debe hacer el representante legal, según permite el citado art. 3.2. Ahora bien, esta responsabilidad podrá ser atemperada conforme a los propios actos del sujeto y los usos sociales como mantiene MARTÍNEZ OTERO<sup>675</sup> al afirmar que la publicación de imágenes propias y ajenas en un perfil de una red social es un verdadero uso social y, en muchos casos,

---

<sup>675</sup> MARTÍNEZ OTERO, ob. cit., p. 143.

una práctica perfectamente tolerada por los propios actos de los sujetos integrados en una red social<sup>676</sup>.

Pero el principal problema radica en la utilización de la imagen en lo que se denomina “redes sociales” por los propios menores o incluso a veces por sus representantes legales, los cuales, cuando suben una foto de sus hijos por ejemplo en Facebook, lo primero que deberían plantearse es que ésta puede ser copiada y reproducida indefinidamente, aunque haya sido subida a la red social del modo más privado, basta con que uno de los amigos comparta la imagen con un tercero o la cuelgue en un sitio no deseado, para que se deje de tener control sobre ella. Por lo tanto, si publican las fotos del hijo aunque sea en un perfil privado de su red social, las están compartiendo con compañeros del trabajo, excompañeros del colegio u otras personas a las que tengan agregadas, pero si además dispone de una red social amplia en Internet, y tiene agregados a cien, doscientos o más individuos, deben tratar la información que vuelquen como si fuera a hacerse pública en cualquier momento<sup>677</sup>. No obstante, si publicaran fotografías en las que se menoscabase la imagen del menor, apareciendo sin ropa o cualquier otra situación similar, podría incluso actuar la Fiscalía de oficio, es decir, los padres por el hecho de serlo, no pueden publicar cualquier fotografía.

Y si a lo anterior se añade la separación o divorcio de los progenitores, nos encontramos ante un vacío legal que genera un candente debate jurídico por colgar fotografías de los hijos en las redes sociales sin el consentimiento del otro progenitor cuando son padres separados o divorciados. De tal manera, puede ocurrir que cuando

---

<sup>676</sup> Para un análisis detenido, vid. CARBONELL GARCÍA G. y MARTÍNEZ OTERO, J. M., “La publicación no consentida de imágenes de terceros en perfiles de redes sociales. Un análisis jurídico”, *Actas del 9º Congreso Internacional de Ética y Derecho de la Información: La responsabilidad ética y social de las empresas informativas*, Fundación COSO, Valencia, 2011, pp. 1-18.

<sup>677</sup> Estudios desarrollados en la Universidad de Oxford por el antropólogo Robin Dunbar y su equipo ponen de manifiesto que muy difícilmente podemos manejar grupos de 150 individuos y prever cómo actuará cada una de esas personas ante la información y/o imágenes que volquemos, apunta. Además, en función de la red social que utilice, es posible que esté compartiendo con esta plataforma la propiedad de las fotografías que comparte, o esté autorizando a que sean utilizadas sin su conocimiento. ¿O acaso alguien lee las condiciones de uso de la red social a la que sube sus fotografías?.

### **CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

el menor empieza a aparecer en fotos con la nueva pareja de uno de los cónyuges, el otro podría denunciarle, ya que es algo que afecta al menor y que no ha sido aprobado con el consentimiento de ambos. En tal sentido, algunos juristas consideran que la guarda y custodia supone la facultad de decidir sobre aquellas decisiones diarias del menor, y en este campo es donde podría incluirse el hecho de subir una foto a una red social, siempre que sea adecuada y respetuosa sin necesidad del consentimiento del otro progenitor que no tenga la misma. Otros, en cambio, entienden que dicha faceta se encuadra dentro de la patria potestad y el hecho de que uno de ellos tenga la custodia no significa que el progenitor que no la tiene pierda todas sus funciones y su patria potestad.

A mi entender, considero que se trata de una cuestión de patria potestad, y no de custodia, es decir, ambos progenitores pueden publicar dichas fotografías si los dos son titulares de la patria potestad. Pero, al ser un tema sensible, es necesario contar con la aprobación de la ex pareja, y, ello, de conformidad con el art. 156 CC, que establece *“La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad. Y, 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”*<sup>678</sup>. Pues aunque se encuentre la pareja separada, serán ambos los que se tengan que poner de acuerdo y consentir sobre la publicación de fotografías, vídeos o datos personales de los hijos menores de 14 años, de manera que es necesario el consentimiento de ambos progenitores o por lo menos que no haya oposición expresa o tácita de uno de ellos. En esta misma línea, se mantiene la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, de fecha 4 de junio de 2015<sup>679</sup>. En

---

<sup>678</sup> Se modifica el párr. segundo por la disposición final 1.29 de la Ley 15/2015, de 2 de julio.

<sup>679</sup> Por lo que se refiere a la problemática de la publicación por el padre de fotografías del menor en la red social Facebook, interesa destacar: 1) que el derecho a la propia imagen ( art. 18-1 CE ), en su dimensión constitucional, 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 (SSTC 26/3/2001, 16/4/2007 y 29/6/2009 ); y 2) que la representación fotográfica del menor constituye un dato de carácter personal ( art. 5-1 f) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento



cualquier caso, es necesario tomar conciencia de estas situaciones, tanto en pareja como tras la ruptura, para decidir conjuntamente cómo debemos o queremos proteger la imagen, intimidad de nuestros hijos, al menos hasta que vayan moldeando su propia personalidad y decidan qué postura adoptar en la faceta electrónica de su vida.

Por consiguiente, la protección de los derechos al honor, a la intimidad y la propia imagen de los menores en el ámbito de las redes sociales e Internet es problemático, pues en dichas plataformas son los propios menores (e incluso a veces los representantes legales) los que comparten información e imágenes propias y ajenas con poca o ninguna precaución, sin atender a los requisitos exigidos en la ley ni a la prevalencia del interés del menor. Nuestros tribunales están a favor de considerar la existencia de intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad y a la propia imagen del menor cuando se publican fotografías a través de las direcciones de Internet, tal y como lo recogen la STS de la Sala Primera de lo Civil, de fecha 11 de

---

de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal). De modo que, la disposición de la imagen (a través de fotos) de una persona requiere de su autorización (arts. 2 y 3 de la 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, y 6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal). En el caso de menores e incapaces cuyas condiciones de madurez no lo permitan de acuerdo con la legislación civil, el consentimiento habrá de otorgarse por su representante legal arts. 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, y 13 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre). La representación legal de los hijos menores de edad la ostentan ambos progenitores, en cuanto titulares de la patria potestad (art. 154 CC). Señalando el art. 156 CC que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, siendo válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o las situaciones de urgente necesidad, y, 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. Tal régimen es el aplicable al supuesto litigioso, por cuanto, aun encontrándonos ante un caso de padres separados en que la guarda y custodia del hijo menor ha sido atribuida a la madre, en la sentencia de divorcio se ha acordado que ambos progenitores conserven la patria potestad. Con lo cual, de pretender el Sr. Adrián la publicación de fotos de su hijo menor en las redes sociales habrá de recabar previamente el consentimiento de la progenitora recurrente y, de oponerse ésta, podrá acudir a la vía judicial en orden a su autorización. Del modo que dispone el art. 156 CC. Teniendo en cuenta, por lo demás, lo dispuesto en el art. 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que, entre otros extremos, considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y 5 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*". En consecuencia, en la cuestión que nos ocupa procede acoger el recurso de apelación, en el sentido de que en el caso de que don Adrián pretendiese la publicación de fotos de su hijo Carlos Manuel en las redes sociales habrá de recabar previamente el consentimiento de la madre del menor y, de oponerse ésta, podrá acudir a la vía judicial en orden a su autorización.

### CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

---

marzo de 2009<sup>680</sup> o la STS de fecha 14 de julio de 2014<sup>681</sup>, al concluir que “...*hay vulneración del derecho a la intimidad por revelación de datos personales*”. Pero incluso, hay jurisprudencia extranjera que resuelve en igual línea que España tal y como lo proclaman la Sentencia de fecha 29 de marzo de 2012, de la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional de Bogotá, al estimar que el padre vulnera los derechos fundamentales a la intimidad, el buen nombre y el libre desarrollo de la personalidad de su hija de 4 años, al crearle cuenta en Facebook sin que ella sea consciente, condenándole a cancelar dicha cuenta<sup>682</sup>. La Sentencia de fecha 14 de marzo de 2013, del Juzgado de primera Instancia en lo Civil y Comercial de Octava Nominación, en Salta, que ordenó como medida autosatisfactiva a Twitter, Whatsapp, Facebook, Google, Yahoo y/o usuarios de Twitter que de forma urgente e inmediata se abstuvieran de difundir videos relacionados con una menor, que afectaban su intimidad, y procedieran a la eliminación de todo registro vinculado a dichas imágenes. Y la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en Argentina, de fecha 28 octubre, 2014<sup>683</sup>, que si bien no se refiere a menores de edad, afecta al

---

<sup>680</sup> LA LEY 6914/2009 Considera que “*las fotografías publicadas en la revista “DIEZ MINUTOS” constituyen una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y a la propia imagen de la menor, también es atentatorio contra dichos derechos la difusión de las mismas fotografías a través de las direcciones de Internet, en ambos reportajes se utiliza la imagen de la menor sin el consentimiento de los padres, y sin que además, exista causa legal de exclusión de la intromisión ilegítima, pues la salvedad incluida en el art. 8.2 a) de la LO 1/82 (notoriedad pública) no es extrapolable a la hija.*”

<sup>681</sup> Los hechos son los siguientes: se publica en la revista DIEZ MINUTOS, un reportaje en cuya portada y junto a una fotografía aparece el siguiente titular “Exclusiva. Han intentado extorsionar a la niña a través de una red social en Internet. Laura denuncia que su hija sufre amenazas”. En el interior de la revista y bajo el titular “Laura denuncia amenazas a su hija” se publica que la cantante acudió a una comisaría de Alcobendas, en Madrid, para poner en conocimiento de la policía extorsión a la que estaba siendo sometida Milagros de trece años, por Internet, a través de la red social “Tuenti”, con un reportaje que ocupa tres páginas sobre la cuestión, una de ella es una fotografía finalizando con un reportaje titulado “los peligros de las redes sociales”. El MF en su informe se adhiere al recurso interpuesto al considerar que la publicación sobre el acoso a que era sometida la recurrente en Internet, perjudica su intimidad en el ámbito de sus relaciones escolares, sociales y posibilita que otros acosadores de Internet sigan molestándola por efectos limitadores.

<sup>682</sup> En el presente caso, la ciudadana AA solicita la protección de los derechos fundamentales de su hija de 4 años, XX, los cuales considera vulnerados con la creación de una cuenta en la red social Facebook por parte del padre de la menor BB. El señor BB creó tal cuenta con el fin de mantener el contacto con su hija, ya que debido a problemas con la accionante, transcurren largas temporadas sin que pueda ver a la niña. Precisar que el padre de la menor al crearle el perfil, mintió sobre la edad de ésta, pues la niña en la actualidad cuenta con 4 años y las reglas de la red social Facebook indican que es necesario tener 13 para poder acceder a la misma. A pesar de ello, el accionado realizó una adecuada configuración de privacidad, al aceptar como amigos sólo a aquellas personas que tenían un parentesco o relación cercana con XX.

<sup>683</sup> Alegó que se desempeña como modelo profesional y actriz con un amplio reconocimiento público y que, precisamente, por el despliegue de su actividad, el uso de su imagen le resulta de vital importancia. Señaló, asimismo, que comprobó, ingresando a los servicios de los buscadores que gestionan las demandadas, que su nombre, fotografías e imágenes resultaban expuestas sin su consentimiento o

derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen y sienta un precedente sobre la responsabilidad de los buscadores respecto a los contenidos que indexan al concluir que *“los motores de búsqueda no son responsables por el contenido generado por terceros, sean textos o imágenes y establece criterios y principios fundamentales para evitar la censura y garantizar el acceso a la información en Internet”*.

Mi opinión, es que se deberían hacer todos los esfuerzos necesarios en materia de protección jurídica integral de los menores en Internet, la cual es mucho más necesaria si cabe en el S. XXI, ya que nuestra normativa vigente no es capaz de dar respuesta a la realidad social y virtual y por ende, proteger y garantizar a los menores de las lesiones en sus derechos de la personalidad que con mayor frecuencia se ciernen sobre ellos como usuarios que son de los Dispositivos móviles, Internet y redes sociales. Por tanto, sería positiva una reforma de la LOPDH que diera cabida a esta nueva problemática o quizás lo más adecuado, sería la adopción de una normativa técnica y jurídica específica que concrete su protección y que surja de una actuación multidisciplinar en el ámbito jurídico consecuencia del trabajo conjunto de los poderes públicos, agentes e instituciones de la sociedad, industria tecnológica y de los profesionales del ámbito jurídico virtual para así con ello poder obtener una tutela judicial más efectiva de los derechos fundamentales de los menores. Ahora bien, entiendo que quizás no es posible llevarlo a cabo porque todo ello requiere la necesidad de coordinar una normativa nacional con nuevas leyes europeas e internacionales que contengan medidas de prevención, control y vigilancia de contenidos y mayor responsabilidad civil de todos los sectores implicados para que nuestros menores puedan tener un entorno virtual más seguro.

### **5.2.2. De carácter específico. Especial atención a la Ley 34/2002, de 11 de julio de Servicios de la sociedad de la Información y de Comercio electrónico**

---

autorización y que, en muchos casos, además, aparecían vinculados a sitios de Internet de contenido sexual, pornográfico y de otras actividades vinculadas con el tráfico sexual.

### CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

---

La ley 34/2002, de 11 de julio de Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI)<sup>684</sup>, es la norma de transposición de la Directiva 2000/31/CE de 8 de 2000, del Parlamento Europeo y del Consejo cuya finalidad ha sido la de armonizar las distintas legislaciones existentes en el marco de la UE y dotar de una mayor seguridad la navegación por Internet. Es conocida en algunos foros como la Ley de Internet<sup>685</sup>. Se ocupa de la prestación de servicios de la sociedad de la información en base al principio de libertad de prestación, establece ciertas obligaciones, regula el régimen de responsabilidad de las comunicaciones comerciales por vía electrónica y el de la solución judicial y extrajudicial de conflictos.

En relación a los menores, el art. 8.1º de la citada ley dispone que *“En caso de que un determinado servicio de la sociedad de la información atente o pueda atentar contra los principios que la ley recoge, 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. Entre tales principios en la letra d) se incluye el de la protección de la juventud y la infancia”*. Aparte de la responsabilidad propia del autor y titular de la página web en la que se inserten contenidos atentatorios contra los derechos del menor, la LSSI recoge también las obligaciones y responsabilidades de los prestadores de servicios que realicen actividades de intermediación como son aquellas relativas a *“la provisión de acceso a la red, transmisión de datos, realización de copias temporales, alojamiento de información, servicios o aplicaciones facilitados por otros o provisión de instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de Internet”*<sup>686</sup>. De lo anterior, se observa que los prestadores de servicios de intermediación tienen un deber de colaboración para

---

<sup>684</sup> El art. 16 de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adiciona un nuevo apartado a la disposición adicional quinta referida de la Ley 34/2002, de 11 de julio relativa a la Accesibilidad para las personas con discapacidad y de edad avanzada a la información proporcionada por medios electrónicos.

<sup>685</sup> Así se la denomina por ejemplo en la propia página web del Ministerio de Industria, Energía y Turismo: <http://www.minetur.gob.es/telecomunicaciones/lssi/Paginas/Index.aspx>.

<sup>686</sup> BUSTOS LAGO, J. M., *La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la información (ISPss)*, *Tratado de Responsabilidad Civil*, (Coord. L. F., REGLERO CAMPOS), 2ª ed., Aranzadi, 2003, p. 1830.

evitar la comisión de delitos o actividades ilícitas en la red cuando tengan conocimiento de ellas, retirando e imposibilitando con la debida diligencia el acceso de aquella información que sea así calificada. Pero, en ningún caso tienen la obligación de realizar actividades de control y supervisión de los datos que se transmiten o se almacenan. Cuando son los prestadores de servicios los que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios, establece el art. 15 que *“No serán responsables cuando den cumplimiento a las conductas exigidas en el mismo, tales como la de no introducir modificaciones en las informaciones, permitir el acceso a usuarios autorizados, respetar las normas aceptadas y aplicadas al sector para la actualización de la información, y no incurrir en una utilización ilícita de la tecnología, cumpliendo con el deber de reacción diligente y consiguiente retirada de una información que se conoce como ilícita”*.

Entonces la cuestión está en saber ¿cuándo son responsables los prestadores de servicios de alojamiento y almacenamiento de datos? La respuesta viene de la mano del art. 16 en cuyo articulado se exponen dos supuestos: a) Cuando tengan “conocimiento efectivo” de que la información o actividad almacenada o que es objeto de enlace o de búsqueda, es ilícita o puede lesionar los bienes o derechos de un tercero (menor o menores) generando un daño susceptible de ser indemnizado. b) Cuando teniendo ese conocimiento no actúan con la diligencia necesaria para retirar los datos o hacer imposible el acceso a los mismos. En consecuencia, se entenderá que el servidor conoce la ilicitud de esta información al que presta un servicio determinado en primer lugar cuando *“El órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenando su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos o se hubiera declarado la existencia de la lesión y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse”*<sup>687</sup>. En segundo lugar, cuando dicha

---

<sup>687</sup> Si bien esta referencia a una resolución administrativa o judicial resulta imprescindible, en la práctica son de mayor utilidad los mecanismos de autorregulación que el propio prestador establece. Muchos de los portales participativos (los llamados portales 2.0), en los que son los usuarios los que generan el contenido,

### CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

---

ilegalidad resulte evidente tras un somero análisis del contenido, sin necesidad de que en estos casos medie una resolución judicial o administrativa<sup>688</sup>. Por ejemplo cuando se comparten imágenes con una pluralidad de personas se recurre frecuentemente a servicios de transmisión o almacenamiento como puede ser, correo electrónico, la mensajería móvil, páginas web colaborativas (Youtube) o perfiles en redes sociales (Facebook o Tuenti). Ahora bien, ¿se les puede exigir responsabilidades a los intermediarios cuyos servicios han sido empleados para la difusión, tales como Google, Tuenti, Facebook, Youtube, Twitter, etc.? Pues bien, los servicios intermediarios solo incurrirán en responsabilidad por almacenar o contener enlaces si tienen “conocimiento efectivo” de su existencia e ilegalidad, y no actúan con diligencia para retirar datos o hacer imposible el acceso a los mismos. En tal sentido, las SSTS de 9 de diciembre de 2009<sup>689</sup>, de 18 de mayo de 2010<sup>690</sup> y la de 10 de febrero de 2011<sup>691</sup>, analizan el citado precepto en lo referente al conocimiento efectivo y entienden que su ausencia libera de responsabilidad a la prestadora de servicios de alojamiento por la información almacenada o si lo tienen, actúan con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos. A su vez, la jurisprudencia más reciente nos expone las vías por las cuales los prestadores de servicios intermediarios pueden llegar a tener un conocimiento efectivo de la ilicitud de un determinado contenido: por la existencia de una resolución administrativa o judicial que acredite la ilicitud regulada expresamente en el art. 16.1 LSSI; o por el carácter manifiestamente ilegal del contenido cuya evidente ilicitud no deja lugar a dudas en el ISP sobre su inadecuación al ordenamiento jurídico. Muchos prestadores de servicios, para eximirse de posibles responsabilidades, lo que hacen es ofrecer en sus páginas la opción de denunciar contenidos ilícitos o contrarios a sus estándares de

---

incluyen la posibilidad de denunciar material inapropiado. Así, cualquier usuario puede actuar contra material ilegal o nocivo, denunciando su existencia a los responsables del sitio web. Éstos aplicarán sus estándares o códigos de conducta propios, retirando en su caso el material si los consideran inapropiado.

<sup>688</sup> Así lo ha establecido el TS en sus SSTS, Sala 1ª, de 9 de diciembre de 2009, caso “*putasgae.org*” y de 10 de febrero de 2011, caso “*alabarricadas.com*”.

<sup>689</sup> LA LEY 247488/2009, Rec. 914/2006.

<sup>690</sup> LA LEY 55546/2010, Rec. 1873/2007.

<sup>691</sup> LA LEY 1536/2011, Rec. 1953/2008.

admisibilidad. En cuyo caso, se trata de un control de contenidos a posteriori, que permite a muchos proveedores de servicios detectar material ilegal o no apropiado, pues al recibir la queja por parte del internauta, el proveedor del servicio estudia el material en cuestión y procede a su eliminación si es contrario a la ley o a sus principios editoriales. Consiguiendo a través de estas vías de denuncia ser poderosos medios de detección y eliminación de contenidos no apropiados o ilegales. En definitiva, en Internet no es aplicable la responsabilidad en cascada que se aplicaba en prensa, la norma general es la no responsabilidad de la información almacenada o transmitida, siempre que se cumplan dos condiciones: que no se tenga conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptible de indemnización, y que si se tiene, se actúe con diligencia para reiterar los datos o hacer imposible su acceso. Tal y como argumentan PÉREZ VELASCO y CONDE CASTEJÓN<sup>692</sup>, si bien los proveedores de servicios son responsables por los contenidos que elaboren o que se hayan elaborado por cuenta suya “por el contrario, no serán responsables por el ejercicio de actividades de intermediación (...)”. Para HERAS HERNÁNDEZ<sup>693</sup>, el legislador tiene un claro propósito de evitar una supervisión previa por parte de los prestadores de servicios sobre la ilicitud de los distintos contenidos que aparecen en web, pues tal “fiscalización” o “selección” supondría un claro atentado contra el derecho de libertad de expresión, haciéndose prevalecer el principio de actuación neutral. Por lo expuesto, los prestadores de servicios no tienen la obligación legal de controlar la ilicitud de los contenidos que cuelgan los distintos usuarios y que pueden perjudicar a menores.

El art. 10 impone a los prestadores de servicios la obligación de *“Poner a disposición de los destinatarios y del órgano competente, los medios necesarios para permitir el acceso por medios electrónicos de forma permanente, fácil y gratuita a la información referida, su nombre o denominación social, residencia o domicilio, o en su defecto, la dirección de uno de sus establecimientos permanentes en España, su dirección*

---

<sup>692</sup> PÉREZ VELASCO, M. M. y CONDE CASTEJÓN, J., “Regulación versus autorregulación en Internet y los nuevos servicios de comunicación. Régimen jurídico de Internet”, *La Ley*, Madrid, 2002, p. 123.

<sup>693</sup> HERAS HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 25.



**CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR,  
INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS  
TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

*de correo electrónico y cualquier otro dato que permita establecer con él una comunicación directa y efectiva, así como los datos de su inscripción en el Registro a que se refiere el art. 9 de la Ley, los datos de la autorización administrativa que permite su actividad, así como otros datos relativos a su profesión en caso de ejercer una profesión regulada, entendiéndose cumplida la obligación cuando el prestador de servicios la incluye en su página o sitio de Internet en los términos anteriormente señalados*". Al respecto, es relevante la STS de 10 de febrero de 2011<sup>694</sup>, pues aunque no se refiere propiamente a la intromisión ilegítima al honor de los menores, hace una exhaustiva interpretación de distintos preceptos de la LSSI de conformidad a la Directiva del comercio electrónico. Además, analiza como cuestión principal la exoneración de la responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos y por ende, la consiguiente interpretación de la fórmula legal de "Conocimiento efectivo". Finalmente, declara la existencia de tal responsabilidad cuando existe falta de diligencia en el cumplimiento de la carga impuesta en el apartado b) del art. 16 LSSI y cuando se incumplen los requisitos que impone el art. 10, como es mantener en el registro un domicilio inexacto o no actualizado, que impide al perjudicado comunicarse con el prestador de servicios de manera fácil y directa.

Una última cuestión a tener en consideración es determinar ¿cuál es la responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda (linking)? Pues bien, la respuesta viene de la mano del art. 17 LSSI, el cual utiliza criterios de imputación subjetiva muy similares a los establecidos en el art. 16.

---

<sup>694</sup> Ponente Xiol Ríos. El motivo que da origen a esta resolución judicial es la aparición en una página web publicada en Internet ("*alabarricadas.com*" en el "*Foro anarquista para el debate y contacto directo entre compañer@s*") de graves expresiones y fotografías atentatorias del derecho al honor de un conocido cantante de televisión.



Pero volviendo al menor de edad y como bien fundamenta HERAS HERNÁNDEZ<sup>695</sup> no hay una regulación específica y además no existe en la LSSI referencia explícita a medidas específicas de control o supervisión de contenidos o instrumentos de búsqueda cuando los usuarios son menores de edad salvo los Códigos de conducta voluntarios en los que se tendrán en cuenta a la hora de elaborarlos la protección de los menores y de la dignidad humana, pudiendo prepararse en caso necesario, Códigos específicos sobre esta materia según establece el art. 18 de la citada ley.

Por todo lo expuesto, nos encontramos con que actualmente no hay una regulación específica del menor ni siquiera la LSSI va dirigida a este colectivo. De manera que para detectar y retirar con rapidez y eficacia los contenidos contrarios al libre desarrollo de la personalidad y a los derechos fundamentales de los menores, la vía a explorar y desarrollar sería la elaboración de Códigos de conducta. En cualquier caso, resulta de interés exponer que el Ministerio de Justicia acogió a mediados de septiembre de 2015 la primera reunión de un grupo de trabajo constituido por Red.es para elaborar las bases legislativas que regulen la protección a los menores en Internet<sup>696</sup>.

## **5.3. REGULACIÓN PENAL**

### **5.3.1. En el Código Penal**

#### **5.3.1.1. Exhibicionismo y provocación sexual**

---

<sup>695</sup> HERAS HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 27.

<sup>696</sup> El equipo de expertos se centrará en el desarrollo de un marco normativo que contemple aspectos como el derecho de acceso a Internet y los peligros a los que se enfrenten los menores en este ámbito, como el ciberacoso, sexting, grooming o la suplantación de identidad. Los trabajos no se centrarán en el ámbito delictivo sino que también se buscarán formas para regular el acceso de los menores a contenidos inadecuados o a comunidades peligrosas entre otros asuntos. Para ello, se analizará el estado de la regulación legal en los países de nuestro entorno, especialmente los comunitarios, con el objetivo de estudiar situaciones legales y normativas que den respuesta a las diferentes problemáticas destacadas. En este primer encuentro han participado miembros de los Ministerios de Justicia e Interior, de Red.es, del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil, de las principales operadoras telefónicas de España, de compañías de redes sociales y de medios de comunicación. También integran este grupo representantes del mundo universitario, Jueces, fiscales, abogados y responsables de organizaciones que trabajan con la infancia.

### CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

---

Los tipos delictivos de exhibicionismo se regulan en el art. 185 Código Penal (CP)<sup>697</sup>, y provocación sexual o difusión de pornografía en el art. 186 CP<sup>698</sup>. Ambos, protegen diferentes bienes jurídicos como son el bienestar psíquico de menores y de personas con discapacidad necesitadas de especial protección, su libertad sexual, y su derecho a un desarrollo y una formación adecuada. El sujeto activo de estos delitos puede ser cualquiera, pudiendo cometer el delito como autor, inductor o coautor<sup>699</sup>. El sujeto pasivo es el menor o la persona con discapacidad necesitada de especial protección. En el nuevo CP aprobado por LO 1/2015 de fecha 30 de marzo de 2015 que modifica el CP aprobado por LO 19/1995 de 23 de noviembre no se produce reforma alguna salvo la sustitución del término “incapaces” por “personas con discapacidad necesitadas de especial protección”.

#### 5.3.1.2. Pornografía infantil

El Protocolo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, celebrado en Nueva York el 25 de mayo de 2000<sup>700</sup>, define la pornografía infantil en su art. 2 c como “*Toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades*

---

<sup>697</sup> El art. 185 “*El que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses*”. La conducta típica de este delito es la verificación, bien por parte del sujeto activo bien por un tercero, de una acción de naturaleza lujuriosa que, por lo general, estribará en la exhibición de una parte del cuerpo, del pene preferentemente, a menudo acompañada de actos masturbatorios, aunque también puede estribar en la ejecución de otros actos lúbricos, por uno o por más sujetos pasivos en presencia del menor de dieciocho años. VVAA, *Derecho Penal. Parte especial*, 2<sup>o</sup> ed., Atelier, Barcelona, 2008, p. 263.

<sup>698</sup> Art. 186 se refiere a la provocación sexual o la difusión de pornografía “*El que, por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses*”. La conducta típica de este delito consiste en vender, difundir o exhibir, verbos que se refieren a la transmisión de mensajes o contenidos y que están íntimamente relacionados con la libertad de expresión.

<sup>699</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal Español. Parte especial*, 5<sup>o</sup> ed., Atelier, Barcelona, 2008, ob. cit., p. 216.

<sup>700</sup> BOE de fecha 31 de enero de 2002, n<sup>o</sup>27.

*sexuales explícitas, reales, simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”.*

Para MORILLAS FERNÁNDEZ la pornografía es toda representación visual y real de un menor desarrollando actividades sexuales explícitas<sup>701</sup>. TAMARIT SUMALLA<sup>702</sup> va más allá al especificar que el menor debe participar en la actividad con un comportamiento sexualmente provocador por lo que quedarían fuera de la pornografía infantil aquellas imágenes que no tuvieran tales connotaciones. De tal suerte, que no es necesario participar de forma directa en la actividad pornográfica mostrada sino que basta con aparecer en la imagen como mero espectador de la misma<sup>703</sup>.

Con anterioridad al nuevo CP no existía definición de pornografía en los preceptos que la regulaban (186 y 189 CP) pero tampoco la jurisprudencia ha querido hacer descripciones semánticas sobre la misma<sup>704</sup>. Para FLORES RODRÍGUEZ<sup>705</sup> es debido a que tal concepto está en función de las costumbres y el pensamiento social, distinto en cada época, cambiante, y conectado con los usos sociales de cada momento histórico. En el art. 186 CP los menores son considerados como sujetos pasivos o receptores de los actos o materiales pornográficos, por el contrario en el art. 189 CP los menores son sujetos activos de la exhibición o la pornografía. Y aunque para

---

<sup>701</sup> MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 67.

<sup>702</sup> TAMARIT SUMALLA, J. M., *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual. Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 106-107 y MORALES PRATS, F., y GARCÍA ALBERO, R.; *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, (Coord. G. QUINTERO OLIVARES), 4ª ed. Aranzadi, Navarra, 2004, p. 371.

<sup>703</sup> MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO, ob. cit., p. 371.

<sup>704</sup> Una posible definición de pornografía la da el TS cuando dice que *“La pornografía es aquello que desborda los límites de lo ético, de lo erótico y de lo estético, con finalidad de provocación sexual, constituyendo por tanto imágenes obscenas o situaciones impúdicas, todo ello, sin perjuicio de que en esta materia las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social, como impone el artículo 3.1 del CC”*. STSS de 2 de noviembre de 2006 Sala 2ª, Sección 1ª, FJ 5º y de 12 de noviembre de 2009. En cambio, la STS de 26 de marzo de 2012 la definía como *“cualquier material audiovisual que utiliza niños en un contexto sexual”*.

<sup>705</sup> FLORES RODRÍGUEZ, J., *“La tutela penal del menor frente a las nuevas tecnologías de la información tras la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal”*, en *Los derechos de la personalidad de los menores y las nuevas tecnologías*, (Dir. E. JORDÁ CAPITÁN y V. DE PRIEGO FERNÁNDEZ), El Derecho, Madrid, pp. 170-171.

### **CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

MORALES PRATS<sup>706</sup> la pornografía y la difamación del menor son contenidos ilícitos contrarios al honor, a la intimidad o la propia imagen y pueden encontrar en Internet una nueva vía de difusión al permitir la transmisión de información a gran distancia, la no identificación del remitente o la identificación ficticia, estima que en la práctica la pornografía infantil tiene un grado de presencia en la red mucho más preocupante que la difamación de menores de edad. Por otro lado, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ<sup>707</sup> analiza la fuerte dificultad en la persecución de tales actividades por una parte porque la información se transmite con mucha rapidez y por otra porque los actos ilícitos suelen realizarse al amparo de legislaciones de Estados muy permisivos con estas prácticas aunque ello comporte que desde cualquier lugar del mundo pueda accederse a esa información a través de la red. Por consiguiente, la doctrina mantiene que cuando nos hallamos ante un contenido ilícito como la pornografía infantil o la difamación del menor no estamos ante un delito inherente a una cultura y sociedad concreta sino ante delitos que afectan a valores universalmente compartidos por lo que la competencia de los Estados no responde al principio de territorialidad sino al de justicia universal.

En cambio en el nuevo CP si se ofrece por primera vez la misma definición legal de pornografía infantil que la recogida en la Directiva 2011/93/UE, abarca no sólo el material que representa a un menor o persona con discapacidad participando en una conducta sexual, sino también las imágenes realistas de menores participando en conductas sexualmente explícitas aunque no reflejen una realidad sucedida<sup>708</sup>. A su

---

<sup>706</sup> MORALES PRATS, F., "El derecho penal ante la pornografía infantil en Internet", en *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet*, (Coords. F. MORALES PRATS, O. MORALES GARCÍA), Cizur Menor, 2002, pp. 99-100.

<sup>707</sup> SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. y BLANCO CORDERO, I., "Problemas de derecho penal internacional en la persecución de delitos cometidos a través de Internet", *AP*, febrero 2002, nº7, p. 185.

<sup>708</sup> "A los efectos de este título se considera pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección: a) Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada. b) Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales. c) Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que

vez, con el fin de transponer la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil que sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, introduce modificaciones en los delitos contra la libertad sexual, que obligan a los estados miembros a endurecer las sanciones penales para luchar contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil. Pues sin duda, constituyen graves violaciones de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos del niño a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, tal como establecen la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Pero la novedad más relevante, es la de elevar la edad del consentimiento sexual de trece años a los dieciséis años, al ser muy inferior a la de los restantes países europeos -donde la edad mínima se sitúa en torno a los quince o dieciséis años- y una de las más bajas del mundo. Por eso, el Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño sugirió una reforma de nuestro código que elevara la edad del consentimiento sexual, adecuándose a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia, y con ello lograr mejorar la protección que España ofrece a los menores, sobre todo en la lucha contra la prostitución infantil<sup>709</sup>.

En esta materia, también es interesante tener en cuenta la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2011, de 11 de octubre, sobre el Fiscal de Sala de Criminalidad Informática y las Secciones de criminalidad informática de las Fiscalías sobre la persecución de los delitos de acoso, corrupción de menores o pornografía

---

*parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes. d) Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales”.*

<sup>709</sup> De manera, que la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez. Y se establecen agravaciones si, además, concurre violencia o intimidación, o si los abusos consisten en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías. En el caso de los menores de edad-de menos de dieciocho años- pero mayores de dieciséis años, constituirá abuso sexual la realización de actos sexuales interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima.

**CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR,  
INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS  
TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

infantil, bajo la rúbrica “Delitos en los que la actividad criminal se sirva para su ejecución de las ventajas que ofrecen las TIC”.

En cuanto a las diferentes conductas que acoge el art. 189 CP cabe distinguir: Apartado uno a) La utilización de menores o incapaces con fines exhibicionistas o pornográficos<sup>710</sup>. A su vez, establece dos modalidades: La primera, utilizar menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección en espectáculos exhibicionistas ya sean públicos o privados. Y la segunda, utilizar menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección para elaborar cualquier material pornográfico. Por ejemplo utilizarlos para reportajes fotográficos, filmar vídeos u otro tipo de cintas pornográficas y cualquier tipo de material tanto en soporte magnético, digital o de papel<sup>711</sup>. En cuanto a la elaboración y distribución de pornografía infantil de menores es interesante citar la Sentencia del TS de fecha 17 de abril de 2013<sup>712</sup>. Además, es necesario diferenciar los actos de carácter exhibicionista (un solo sujeto se muestra sexualmente ante el público) de los actos pornográficos (sexo real o fingido)<sup>713</sup>. En este apartado, igualmente se cambia el término “*incapaces*” por “*personas con discapacidad necesitadas de especial protección*”. Pero en Internet, la cuestión es cómo probar la conducta delictiva, para ello, es necesario no caer en

---

<sup>710</sup> Art. 189.1.a) “*El que capture o utilice a menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas*”.

<sup>711</sup> Según STS de 2 de octubre de 2009, este delito tiene las siguientes características: a) Es un delito de acción; b) El sujeto activo puede ser cualquiera, y el sujeto pasivo ha de ser menor o incapacitado; c) La acción típica se integra por dos elementos: la elaboración de material pornográfico mediante la realización de imágenes y escenas de esa naturaleza, y que se emplean en la realización de los mismos de un menor; d) La reproducción puede hacerse en cualquier material apto para soportar y conservar la grabación; e) Es un delito esencialmente doloso, incluido en el supuesto del dolo eventual en cuanto a la edad del menor empleado; f) Caben las formas imperfectas de ejecución y de participación; g) La realización en unidad de acto de varias escenas constituye un único delito; h) No forman parte del tipo, ni por tanto quedan absorbidos en él los actos sexuales efectuados y grabados, los que seguirán siendo actos de agresión sexual o abuso sexual; j) Finalmente, en cuanto al bien jurídico protegido, este se integra por el derecho al desarrollo equilibrado del menor en concreto en relación a su desarrollo sexual, por eso, si en el material pornográfico se emplean varios menores, tratándose de bienes jurídicos personalísimos, existirán tantos delitos de elaboración de material pornográfico con menores o incapaces, como hubiesen sido empleados. Se trata de un bien jurídico concreto y personalísimo.

<sup>712</sup> LA LEY 37037/2013.

<sup>713</sup> QUERALT JIMÉNEZ, ob. cit., p. 221.

automatismos derivados del mero uso del programa informático<sup>714</sup>. De acuerdo con esto, nuestra jurisprudencia manifiesta que la utilización habitual de programas de descargas y la ejecución de búsquedas masivas y deliberadas con la intención de descargar fotos y videos pornográficos, con conocimiento de lo que se descarga, integran el tipo penal. Además, añade que deberá tenerse en cuenta que la participación de los menores en estos espectáculos o en el material, tendrá que ser relevante<sup>715</sup> *“no reducida a simples apariciones fugaces o episódicas, sin exhibirse o involucrarse en la acción lúbrica”*. Apartado uno b) La difusión de pornografía infantil elaborado con personas con discapacidad necesitadas de especial protección<sup>716</sup>. Esta figura, ha sido incluida para algunos autores en la categoría genérica de tráfico y abarca *“cualquier género de transmisión a título oneroso o gratuito, incluidos los supuestos de tenencia, donación o transporte que implican una situación potencial de ataque al bien jurídico protegido”*<sup>717</sup>. Asimismo, será objeto de castigo la posesión de dicha pornografía infantil o para su ulterior difusión o posesión dirigida al tráfico. Hay que resaltar, que Internet es una plataforma muy empleada para intercambiar pornografía infantil, concretamente las redes P2P (peer to peer) es una de las herramientas más utilizadas para difundir este material mediante programas como Emule, Ares, o Kazaa, que permiten el intercambio legal de archivos de forma similar a como se hace mediante el correo electrónico u otros sistemas de mensajería instantánea<sup>718</sup>. Una reciente SAP de Valladolid de fecha 19 de marzo de 2014<sup>719</sup> recoge

---

<sup>714</sup> Acuerdo del Pleno de la Sala 2ª del TS de fecha 27 de octubre de 2009.

<sup>715</sup> VVAA, ob. cit., p. 280.

<sup>716</sup> Art. 189.1.b) *“El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido”*.

<sup>717</sup> STS, Sala 2ª, Sección 1ª, de 12 de febrero de 1990, FJ. 2º.

<sup>718</sup> El TS en alguna ocasión se ha pronunciado sobre el uso de este tipo de plataformas P2P como canales de intercambio de pornografía infantil, analizando caso por caso el nivel de conocimiento informático del acusado y valorando si se produjo un error de prohibición o si por el contrario conocía el carácter público o compartido de determinados archivos de su ordenador. Cuando los condenados recurrentes alegan tal error amparándose en que desconocían el carácter *“compartido”* de ciertos archivos y que sólo los tenían para uso personal, el TS no suele apreciar su concurrencia, pues establece como regla general que *“quien utiliza voluntariamente un programa Peer to Peer (P2P), en nuestro caso Emule, asume y consiente que muchos de los datos que incorpora a la red pasen a ser de conocimiento público para cualquier usuario de Internet.”* Parte de que para obtener material pornográfico infantil en la Red hay que tener un grado de conocimientos. Ya hay jurisprudencia asentada que establece que los rastreos policiales en Internet no vulneran los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones y a la intimidad, al convertirse en *“públicos”* los datos que



### CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

---

diversos delitos relacionados con la pornografía, entre los que se condena entre otros por la difusión de pornografía infantil de este apartado. Las únicas variaciones que se hace aquí es el término de “material pornográfico” por “pornografía infantil” y elimina “menores de edad o incapaces” por “personas con discapacidad necesitadas de especial protección”. Apartado dos.- Adquisición o posesión de pornografía infantil para uso propio<sup>720</sup>. Hasta el nuevo CP la tipificación de la mera posesión de material pornográfico elaborado con menores de edad, había generado mucho debate doctrinal, pues autores como GARCÍA VALDÉS estaban a favor de su tipificación, y otros como MORILLAS FERNÁNDEZ<sup>721</sup> en contra. Se incluía en el tipo tanto la tenencia física y tangible del material pornográfico como su conservación en los archivos de un ordenador. En cambio, se excluía el contemplar o visionar material pornográfico en la pantalla del ordenador tras haberlo buscado en la red<sup>722</sup>. Por su parte, la jurisprudencia en la STS de 30 de enero de 2009<sup>723</sup>, había matizado los elementos que debían concurrir para que fuere delito. Por último, en comparación con el anterior CP, este apartado añade el término “adquisición” y también sustituye el término “menores

---

estos internautas libremente deciden compartir en la Red informáticos avanzados. STS, Sala 2ª, Sección 1ª, de 9 de mayo de 2008, FJ 1º. En este mismo sentido, STS, Sala 2ª, Sección 1ª, de 29 de octubre de 2008, FJ 3º. Ya hay jurisprudencia asentada que establece que los rastreos policiales en Internet no vulneran los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones y a la intimidad, al convertirse en “públicos” los datos que estos internautas libremente deciden compartir en la Red.

<sup>719</sup> STS nº127/2014.

<sup>720</sup> Art. 189.2 “El que para su propio uso adquiera o posea pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años”.

<sup>721</sup> MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., *Cuestiones conflictivas en la actual regulación de los delitos de pornografía infantil. Ciber-acoso: La tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, (Coord. J. GARCÍA GONZÁLEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 205 y ss. y también GARCÍA VALDÉS, C., *Acerca del delito de pornografía infantil, Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 419 y ss. Un resumen de los argumentos a favor y en contra, con una posición final se puede ver en ESQUINAS VALVERDE, P., “El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el Código Penal español (art. 189.2º): Razones para su destipificación”, *Revista de derecho penal y criminología*, nº18, 2006, pp. 171-228.

<sup>722</sup> VVAA, ob. cit., p. 282.

<sup>723</sup> Que exige la presencia de los siguientes elementos: a) Una posesión de material pornográfico, en cuya elaboración se hubiera utilizado menores o incapaces, dentro de un escenario sexual, que es el objeto de la protección, a través de convenios internacionales sobre esta materia, particularmente la protección del niño a nivel internacional. b) que este material se tenga para uso personal de quien lo almacene, quedando excluidas la producción, venta, distribución, exhibición o facilitar dichas actividades por cualquier medio, o la mera posesión para esos fines. c) es necesario un elemento subjetivo, constituido por el dolo del agente, siendo bastante la conciencia de que se posee en su sistema o Terminal, tales archivos que constituyen pornografía infantil (lo que igualmente se habrá de probar en cada caso).



*de edad o incapaces*” por “*personas con discapacidad necesitadas de especial protección*”. Apartado ocho.- Retirada de páginas web o aplicaciones de Internet<sup>724</sup>, cuyo fin es ser una herramienta jurídica de efectividad frente a las nuevas tecnologías que actualmente constituyen una vía principal de acceso a los soportes de pornografía infantil. En el nuevo CP se elimina la producción y difusión de pornografía virtual o pseudo pornografía infantil que venía regulada en el apartado siete del citado precepto<sup>725</sup>. Finalmente, no están tipificadas, y por tanto, no son perseguibles la pornografía técnica (aquellas imágenes pornográficas en las que participan únicamente adultos a los que a través de medios técnicos se les da apariencia de menores)<sup>726</sup>, la pornografía infantil artificial (la creación de la imagen de un menor sin partir de menores reales), la pornografía infantil literaria (descripciones escritas de actividades sexuales con menores, sin valores literarios, artísticos, científicos ni pedagógicos, cuya finalidad exclusiva es excitar sexualmente al lector)<sup>727</sup>. Y ello es así, porque el material pornográfico “es solo una recreación virtual, una creación ex novo”, al no existir la utilización de menores “ningún bien jurídico penalmente protegido queda afectado, por lo que la irrelevancia penal queda fuera de toda duda”<sup>728</sup>. En este sentido, es clarificadora la Circular 2/2015, de 19 de junio de 2015, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015.

### 5.3.1.3. Abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años

---

<sup>724</sup> Art. 189.8 “*Los jueces y tribunales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de las páginas web o aplicaciones de internet que contengan o difundan pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección o, en su caso, para bloquear el acceso a las mismas a los usuarios de Internet que se encuentren en territorio español. Estas medidas podrán ser acordadas con carácter cautelar a petición del Ministerio Fiscal*”.

<sup>725</sup> Art. 189.7 “*Será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años el que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada*”.

<sup>726</sup> MORALES PRATS y GARCÍA ALBERO, ob. cit., p. 372, TAMARIT SUMALLA, ob. cit., p. 109 y MORALES PRATS, ob. cit., p. 103.

<sup>727</sup> FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *La sanción penal de la llamada distribución de pornografía infantil a través de Internet y otras modalidades afines tras la reforma 15/2003, Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 716.

<sup>728</sup> GARCÍA VALDÉS, ob. cit., p. 415.

**CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR,  
INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS  
TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

Abusos y agresiones sexuales contra menores (art. 183 del CP)<sup>729</sup>. Abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años (art. 183 bis del CP)<sup>730</sup>. Manifestar, que en el primer precepto prácticamente no se produce ninguna alteración significativa en su redacción salvo elevar la edad de trece a dieciséis años a diferencia del segundo que se redacta ex novo. Lo que si es necesario analizar por tener clara relación con las nuevas tecnologías son los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años a través de Internet o dispositivos móviles (art. 183 ter del CP)<sup>731</sup>

---

<sup>729</sup> Art. 183 1. *“El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años. 2. Cuando los hechos se cometan empleando violencia o intimidación, el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la de cinco a diez años de prisión. Las mismas penas se impondrán cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo. 3. Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1, y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2. 4. Las conductas previstas en los tres apartados anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima, o el hecho de tener un trastorno mental, la hubiera colocado en una situación de total indefensión y en todo caso, cuando sea menor de cuatro años. b) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas. c) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio. d) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima. e) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima. f) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades. 5. En todos los casos previstos en este artículo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años: “El que, con fines sexuales, determine a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, o le haga presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años. Si le hubiera hecho presenciar abusos sexuales, aunque el autor no hubiera participado en ellos, se impondrá una pena de prisión de uno a tres años”.*

<sup>730</sup> Art. 183 bis. *“El que, con fines sexuales, determine a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, o le haga presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años. Si le hubiera hecho presenciar abusos sexuales, aunque el autor no hubiera participado en ellos, se impondrá una pena de prisión de uno a tres años”.*

<sup>731</sup> Art. 183. ter. *“El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño. 2. El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca dicho menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años”.*

conocido como “child grooming”<sup>732</sup> o ciberacoso infantil. Consiste en una conducta presidida en el ardid, engaño, artimañas o tretas que realiza un adulto para ganarse la confianza de un menor y obtener así determinadas satisfacciones de tipo sexual. Consta de cuatro fases: La primera, de contacto y acercamiento del adulto al menor, a través de un perfil ficticio en una red social, chats, salas de usuarios, foros sociales, correos electrónicos, etc. La segunda, establecida relación, el adulto obtiene imágenes eróticas o sexuales del menor. La tercera, conseguidas las imágenes, el adulto comienza a extorsionar al menor amenazando con difundirlas si no accede a sus pretensiones sexuales. Y la última, abuso del adulto para evitar la difusión de las imágenes que obran en su poder. Hay que tener en cuenta que para integrar el tipo penal deben concurrir actos de exteriorización dirigidos a que el encuentro sea real, en un lugar concreto, quedando por ello, fuera del tipo el mero contacto accidental o aleatorio, o con otra intencionalidad diferente a través de la red. De tales actos se tiene objetivamente que desprender la existencia de una situación de potencial riesgo, de un contexto eventualmente peligroso para la integridad sexual del menor, conducta que irá dirigida claramente a obtener o proporcionar un lugar de encuentro donde consumir el abuso.

Por lo tanto, nos encontramos ante un delito doloso en el que debe concurrir, como elemento subjetivo, la intención de cometer ese delito contra una persona

---

<sup>732</sup>RAYMOND CHOO, Kim-Kwang; Online child grooming: a literatura review onthe misuse of social networking sites for grooming children for sexual offences. AIC Reports. Research and Public Policy Series. Number 103, Jl y 2009, p. 7. ha definido el grooming como “un comportamiento premeditado que pretende asegurar la confianza y cooperación de un menor, previo a llevar a cabo una conducta sexual”; El Observatorio de la seguridad de la información. Área Jurídica de la Seguridad y las TIC, ob. cit., p. 4, como “las acciones realizadas deliberadamente para establecer una relación y un control emocional sobre un niño o niña con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del menor”. Otros autores ponen en relación el grooming con otras figuras, como GIL ANTÓN, A. M., “El fenómeno de las redes sociales y los cambios en la vigencia de los derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)*, nº. 10, 2012, p. 243, que la relaciona con “situación de extorsión, que se produce on line entre un individuo a un niño, para que bajo amenazas o coacciones, éste acceda a sus peticiones de connotación sexual principalmente, y que usualmente tiene lugar mediante la utilización de una webcam a través del programa de chat del ordenador, llegando incluso a conectar acuerdos para materializar el abuso”. Por contra CUENCA PADILLA, A., “El nuevo delito de grooming del artículo 183 bis del Código Penal”, [https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2014/119297/TFG\\_acuencapadilla.pdf](https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2014/119297/TFG_acuencapadilla.pdf), publicado en fecha 16/05/2014, p. 12, critica dicha vinculación del grooming a una extorsión porque no necesariamente se da y de hecho inicialmente no se dará, puesto que el primer contacto con el menor se orienta, precisamente a ganarse su confianza para lograr una relación con, eventualmente, algún elemento sexual, lo que difícilmente logrará si ya desde el principio intenta extorsionar al menor.

**CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR,  
INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS  
TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

menor de 16 años. Tanto el nuevo como el anterior CP no acotan a los sujetos activos de este delito, de tal forma, que pueden ser adultos o los menores de dieciséis a dieciocho años responsables del mismo. La mayoría de la doctrina, como FLORES RODRÍGUEZ, critica la exigencia de la existencia de todos los elementos que deben concurrir para integrar la conducta típica. Y consecuentemente, la acción, con todos los problemas de prueba que conlleva, pues “...no parece razonable que se pueda seducir a un menor de 13 años anunciándole los abusos y agresiones sexuales” o que “el fin sexual, violento o no, que persigue el sujeto activo no conste a la víctima”<sup>733</sup>. Pero autores como QUERALT JIMÉNEZ, advierten de la posibilidad de que este tipo delictivo se convierta más en un tipo general que en especial en la práctica. Porque es impensable que un menor contactado por Internet acuda a una cita si no ha habido engaño suficiente por parte del adulto para consumir el delito<sup>734</sup>, pudiendo derivarse a otros tipos como pueden ser encuentros y agresiones físicas<sup>735</sup> o en pederastia y pornografía infantil en Internet. Se castigan las acciones realizadas deliberadamente para establecer una relación y un control emocional sobre un niño o niña con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del menor<sup>736</sup>. El objetivo de este precepto, es proteger a los menores frente a abusos cometidos a través de Internet u otros medios de telecomunicación, debido a la facilidad de acceso y el anonimato que proporcionan y sancionar al que a través de medios tecnológicos contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas. Recientemente y ante el aumento de este delito se ha publicado un Artículo titulado “Seis consejos para proteger a los menores del “grooming” en Internet”<sup>737</sup>. Ya que es un fenómeno real y actual que cada vez se da más en los menores, tal y como lo confirma un reciente Estudio de la Universidad de Oviedo, entre jóvenes de 11 a 19 años, en el que se concluye que el 90% comete,

---

<sup>733</sup> FLORES RODRÍGUEZ. ob. cit., p. 169.

<sup>734</sup> QUERALT JIMÉNEZ, ob. cit., p. 240.

<sup>735</sup> PANIZO GALENCE, V., “El ciber-acoso con intención sexual y el child-grooming. Cuadernos de criminología”, *Revista de criminología y ciencias forenses*, nº15, 2014, pp. 24-25.

<sup>736</sup> *Estudio sobre hábitos seguros en el uso de las TIC...*, ob. cit., p. 20.

<sup>737</sup> Consultar El Diarios ABC de fecha 7 de julio de 2014, <http://www.abc.es>.

padece o conoce casos de ciberacoso<sup>738</sup>. Por último, se introduce ex novo el art. 183 quater<sup>739</sup> en base al cual se excluye la responsabilidad penal de estos delitos cuando el menor de dieciséis años consienta libremente y el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez. Cabe citar, la relevante y recientísima Sentencia de fecha 10 de diciembre de 2015<sup>740</sup> en virtud de la cual el TS confirma la validez de la prueba obtenida como consecuencia de acceder la madre a la cuenta abierta por su hija menor en Facebook sin su consentimiento ante la sospecha de que pudiera estar siendo víctima de los delitos de ciberacoso y abuso sexual posterior.

#### 5.3.1.4. El acoso sexual

Se regula en el art. 184 CP<sup>741</sup> y su principal objetivo, es proteger la libertad de formación de la voluntad en el ámbito sexual<sup>742</sup>. Cada vez es más frecuente ver que el acoso sexual se produce a través de envío de mensajes de texto mediante dispositivos móviles, o la participación en chats o las redes sociales en Internet. En ese sentido, afirman COBO DEL ROSAL y ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ que el envío de cartas, notas anónimas acosadoras, mensajes de texto (SMS) es algo que puede llegar a ser incluso

---

<sup>738</sup> DURÁN SEGURA, M. y MARTÍNEZ PECINO, R., "Ciberacoso mediante teléfono móvil e internet en las relaciones de noviazgo entre jóvenes", *Revista científica iberoamericana de comunicación y educación*, nº 44, 2015, pp. 159-167.

<sup>739</sup> Art. 183 quater. "El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez".

<sup>740</sup> ROJ STS 5809/2015, Sala de lo Penal, Sección 1ª, nº de Recurso 912/2015 y nº de Resolución 864/2015.

<sup>741</sup> Art. 184 1. "El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses.

3. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 de este artículo".

<sup>742</sup> CARUSO FONTÁN, M. V., *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 400 y ss.

### CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

---

frecuente, a la vista de la copiosa jurisprudencia de las Audiencias Provinciales que pueden ser consultadas<sup>743</sup>.

#### 5.3.1.5. Delitos contra la intimidad

Se regula en el art. 197 CP<sup>744</sup> y se refiere a los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, apoderamiento, utilización o modificación en perjuicio de

---

<sup>743</sup> COBO DEL ROSAL, M. y ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C., *EL acoso sexual*, CESEJ, Madrid, 2006, p. 50.

<sup>744</sup> Art. 197.1. "El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. 2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero. 3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores. Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párr. anterior. 4. Los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo serán castigados con una pena de prisión de tres a cinco años cuando: a) Se cometan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros; o b) se lleven a cabo mediante la utilización no autorizada de datos personales de la víctima. Si los datos reservados se hubieran difundido, cedido o revelado a terceros, se impondrán las penas en su mitad superior. 5. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, se impondrán las penas previstas en su mitad superior. 6. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado anterior, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años. 7. 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 de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona. La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa. Se añade un nuevo artículo 197 bis, con la siguiente redacción: "1. El que por cualquier medio o procedimiento, vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, y sin estar debidamente autorizado, acceda o facilite a otro el acceso al conjunto o una parte de un sistema de información o se mantenga en él en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años. 2. El que mediante la utilización de artificios o instrumentos técnicos, y sin estar debidamente autorizado, intercepte transmisiones no públicas de datos informáticos que se produzcan desde, hacia o dentro de un sistema de información, incluidas las emisiones electromagnéticas de los mismos, será castigado con una pena de prisión de tres meses a dos años o multa de tres a doce meses". Se añade un nuevo artículo 197 ter, con la siguiente redacción: "Será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de tres a dieciocho meses el que, sin estar debidamente autorizado, produzca, adquiera para su uso, importe o, de cualquier modo, facilite a terceros, con la intención de facilitar la comisión de alguno de los delitos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 197



tercero de datos reservados de carácter personal o familiar, utilización no autorizada de datos personales de la víctima, difusión, revelación o cesión de imágenes o grabaciones obtenidas en un domicilio o lugar fuera del alcance de la mirada de terceros. Su finalidad, es solucionar algunas conductas de los ciudadanos como son las imágenes o grabaciones de otra persona obtenidas con su consentimiento pero que luego son divulgadas contra su voluntad, cuando la imagen o grabación se haya producido en un ámbito personal y su difusión sin el consentimiento de la persona afectada lesione gravemente su intimidad, en concreto, se refiere a la figura del sexting como consecuencia de la “doctrina Hormigos”<sup>745</sup>.

#### 5.3.1.6. Despenalización de las faltas de injurias leves y vejaciones injustas

En el anterior CP las injurias leves y las vejaciones injustas se regulaban en el art. 620.2<sup>746</sup>. Los bienes jurídicos protegidos son la dignidad personal y el honor. Pero el nuevo CP abandona la idea de regular por la vía penal las injurias y vejaciones injustas y las reconduce a la vía civil cuando se vulnera el derecho al honor. Con lo cual, se produce una despenalización de tal manera que los juzgados encargados de enjuiciar a partir de ahora tal vulneración serán los civiles y no los penales como lo venían haciendo hasta este nuevo Código (el caso de publicaciones de mensajes ofensivos<sup>747</sup>, perfiles falsos con comentarios vejatorios<sup>748</sup>, conductas calificadas como

---

*o el artículo 197 bis: a) un programa informático, concebido o adaptado principalmente para cometer dichos delitos; o b) una contraseña de ordenador, un código de acceso o datos similares que permitan acceder a la totalidad o a una parte de un sistema de información”. Se añade un nuevo artículo 197 quater, con la siguiente redacción: “Si los hechos descritos en este Capítulo se hubieran cometido en el seno de una organización o grupo criminal, se aplicarán respectivamente las penas superiores en grado”. Se añade un nuevo artículo 197 quinquies, con la siguiente redacción: “Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los artículos 197, 197 bis y 197 ter, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.*

<sup>745</sup> Situación sufrida por la hoy celebre exconcejala del ayuntamiento de Los Yébenes (Toledo) Olvido Hormigos, tras la difusión de unos vídeos sexuales por Whatsapp.

<sup>746</sup> Art. 620.2 “Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días: 2.º Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito”.

<sup>747</sup> SAP de Ourense Nº 318/2008 de 24 de septiembre, hace responsable al menor por una falta continuada de vejaciones injustas.

<sup>748</sup> SAP de Segovia nº 32/2011 de 24 de mayo, que enjuicia un caso en el que se publicó el perfil falso, subiendo también hasta 56 fotos de la víctima, con comentarios que la ridiculizaban como “están llegando” en referencia a la fotografía de un platillo volante; o “no se bromea” sobre un extraterrestre; u “orgullosa de serlo”, en relación a unas viñetas sobre “cómo ser un friki de provecho y no morir en el intento”; o “mis ídolos”, sobre los personajes de dibujos animados de Dragon Ball; o “mi amor hechizado”, con la fotografía del

### CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

---

hacer la vida imposible a la víctima<sup>749</sup> o la difusión de imágenes trucadas de un menor<sup>750</sup>, todas ellas llevadas a cabo en la red social Fuente). Y que además, no tenían una postura unánime jurisprudencial, pues unas veces absolvían cuando lo que se difundían eran imágenes no ofensivas ni denigratorias o comentarios de escasa relevancia que no merecían respuesta penal como los enjuiciados en la SAP de Córdoba nº 59/2009, de 26 de febrero<sup>751</sup>, y otras, condenaban por considerar responsable de una falta al menor que había enviado mensajes de teléfono móvil al primero diciendo expresiones como “*subnormal*”, “*deja a Lucía o te parto la cara*”, “*le iba a dar un tortazo*” y “*le iba a das dos hostias bien dadas*”, como es el caso de la SAP de la Rioja nº 8/2006, de 17 de enero.

Considero que la finalidad de dicha despenalización, es pretender obtener una respuesta eficaz y ágil a las vulneraciones de los derechos al honor, intimidad e imagen por la vía civil, ahora bien, deberá pasar un tiempo para ver si se consigue tal objetivo.

#### **5.3.2. En la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, responsabilidad penal del menor**

---

personaje de Harry Potter; “*mi médico, con la imagen del personaje protagonista de House*; o “*mis ratos libres*”, con la imagen de la Mona Lisa; “*mi inspiración*”, con el cuadro de la Inmaculada Concepción de Murillo; “*lo mejor de lo mejor*”, sobre el libro de García Marquez Cien años de soledad; “*existen*”, con la imagen de un espectro; “*help*”, con la fotografía del personaje de Betty la Fea, etc.

<sup>749</sup> SAP de Madrid nº 400/2012, de 27 de diciembre.

<sup>750</sup> Sentencia nº 67/2009, de 25 de febrero, del Juzgado de Instrucción de Sevilla, que sanciona como vejaciones la conducta de un menor que había colocado en su perfil una fotografía manipulada en la que aparecía la víctima, compañero de su clase en el colegio, tocando un violín en el interior de una mira telescópica, compartiéndolo con todos sus contactos y provocando comentarios despectivos hacia su persona.

<sup>751</sup> Señala el Tribunal que “*la mera publicación de una fotografía de grupo en la que aparece la denunciante en actitud correcta y con una imagen que dicha actuación pudiera tener sobre el derecho a la intimidad o a la propia imagen en la esfera civil*” añade posteriormente que “*más problemática resulta, por el contrario, la tipificación de las expresiones proferidas en relación con dicha fotografía, relativas a la supuesta falta de gusto o acierto de la denunciante al arreglarse (vestirse, peinarse, maquillarse...) pero no alcanzan entidad suficiente para ser consideradas infracción penal*”.



Cuando un menor de dieciocho años comete un delito de injurias en base al art. 208<sup>752</sup> o un delito de calumnias en base al art. 205 del CP será responsable con arreglo a la LORPM, LO 5/2000, de 12 de enero, la cual tiene un régimen de responsabilidad civil propio para los mayores de catorce años y menores de dieciocho que hayan cometido un ilícito penal.

Por lo tanto, pueden darse diferentes situaciones que paso a exponer: -Si el menor no es responsable ni civil ni penalmente y tiene menor de doce años, corresponde la responsabilidad exclusivamente a los responsables legales conforme al art. 1903 CC, por lo tanto sería una responsabilidad objetiva.

-Si el menor es responsable civilmente pero no penalmente y tiene más de catorce años y menos de dieciocho años, la responsabilidad civil se rige por lo dispuesto en la LOPDH, siendo responsable civil el menor causante del daño y los representantes legales de manera solidaria, con la finalidad de “garantizar la solvencia del autor material, dada su relación de dependencia”<sup>753</sup>, pudiendo el responsable que paga la indemnización repetir contra el menor causante del daño en base al art. 1904 CC.

-Si el menor es responsable penalmente y tiene más de catorce y menos de dieciocho años, la responsabilidad es la recogida en el art. 63.1 LORPM<sup>754</sup> que es solidaria, de manera que responderán con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores legales o de hecho, por este orden. Pudiendo ser moderada tal responsabilidad por el juez cuando éstos no hubieran favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave. Ahora bien, surge un debate doctrinal en cuanto a la expresión “*por este orden*”. Pues, mientras HERAS

---

<sup>752</sup>Art. 208.2 “Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 173”.

<sup>753</sup> NAVARRO MICHEL, M., *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, J.M. Bosch, 1998, pp. 25-26.

<sup>754</sup> Art. 63.1 “Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieran favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos”.

**CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR,  
INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS  
TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

HERNÁNDEZ<sup>755</sup> califica la responsabilidad solidaria de los menores y los distintos “*responsables legales*” por el orden establecido en la misma, es decir, en defecto de los anteriores, en cuyo caso, cuando un menor estuviese sometido a la patria potestad de ambos, o de uno solo de los progenitores y al tiempo estuviera en un régimen de guarda administrativa o acogimiento familiar, atendiendo al orden aparentemente prefijado, responderían solidariamente con el menor, los titulares o el titular de la patria potestad, dejando al margen de esta responsabilidad a guardadores y acogedores. Pero frente al orden fijado en el citado precepto, en mi opinión se ha sostenido con absoluto acierto que no existe en la norma voluntad de establecer un orden de responsabilidad, debiéndose declarar la responsabilidad solidaria del menor con quienes ostentan la guarda<sup>756</sup> o el cuidado efectivo. De modo que, si se trata de un menor en régimen de acogimiento permanente, o se encuentra al cuidado de un guardador de hecho que actúa con cierta continuidad en el cuidado del menor y de modo autónomo, es decir, sin las instrucciones dadas por padres o guardadores legales, serán acogedores o guardadores de hecho, los responsables solidarios, junto al menor, por el daño causado por aquel, además de la responsabilidad de la entidad pública, tratándose de acogimientos residenciales o familiares permanentes, dado que conserva funciones de supervisión y control del desenvolvimiento real del mecanismo de protección que constituye esta última modalidad de acogimiento. Por último, declarada la responsabilidad solidaria, se admite, la moderación judicial cuando se acredite que los responsables del menor no favorecieron su conducta mediante dolo o culpa grave, es decir, que el menor actuara con absoluta autonomía, sin la participación consciente de sus responsables legales en la divulgación de las manifestaciones difamatorias, o sin negligencia grave por su parte.

---

<sup>755</sup> HERAS HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 20.

<sup>756</sup> DÍAZ ALABART, S., *La responsabilidad Civil en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en Responsa Iurisperitorum Digesta, vol. 2, a cargo de Eduardo A. Fabián Caparros*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001, pp. 198-199.

Pero ya en relación con Internet, expresa correctamente HERAS HERNÁNDEZ<sup>757</sup> que se incurre en un grave error si se pretende asimilar la responsabilidad de todos y cada uno de los “*responsables legales*” mencionados en el citado precepto. Y ello, porque ninguno de ellos ejerce el mismo control y autoridad sobre los menores, de modo que tal circunstancia debe valorarse convenientemente a los efectos de aminorar dicha responsabilidad a través de la moderación judicial, llegando incluso a su exoneración cuando, según el caso, quede acreditada la ausencia de cualquier género de culpa por parte de los responsables del menor que actúa con absoluta autonomía y de forma plenamente consciente. A su vez, es partidaria de la vía reparadora contenida en el art. 19 LORPM, que consagra una “*reparación pactada*”<sup>758</sup> entre el menor y la víctima. Lo cual, conllevaría el sobreseimiento del expediente incluyendo tanto la conciliación, como el compromiso de llevar a cabo acciones en beneficio de la víctima o de la comunidad o la realización de actividades educativas a propuesta de un equipo técnico. Por su parte, DÍAZ ALABART<sup>759</sup> considera que la conciliación entre víctima y autor requiere el reconocimiento del daño por parte del menor que comete el delito, o sea, que éste pida disculpas a la víctima y que sean aceptadas. Coincido con la citada autora que esta modalidad de reparación, adquiere una especial relevancia cuando tanto al autor como la víctima son ambos menores, pues el daño moral se repara de forma más satisfactoria para la víctima cuando se produce el reconocimiento explícito del daño y se piden disculpas, quedando siempre a salvo la indemnización pactada. Ahora bien, en el caso de un delito de injurias o de calumnias difundidas por Internet, Asimismo, en el caso de un delito de injurias o de calumnias difundidas por Internet, nunca se podrá restablecer plenamente el derecho al honor del menor perjudicado, por lo que junto con las medidas de prestación que pueda proponer el equipo técnico a los menores castigados en beneficio de la víctima o de la comunidad se deberá además indemnizar el daño causado. Para aquellos casos en los que sea complicado proceder a identificar a los autores de mensajes o manifestaciones difamatorias dirigidas contra un menor, como puede ser por ejemplo

---

<sup>757</sup> HERAS HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 21.

<sup>758</sup> DÍAZ ALABART, S., *Nuevas tendencias en la responsabilidad civil de menores: el art. 19 de la LORPM, en Estudios de Responsabilidad Civil, en Homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, Dykinson, 2001, p. 88.

<sup>759</sup> DÍAZ ALABART, ob. cit., p. 90.

**CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR,  
INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS  
TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

cuando se utilice un apodo, deberá investigarse las direcciones IP desde las que se emiten tales manifestaciones, y declarar la responsabilidad del titular del dominio en el que se aloja la web en la que quedan almacenadas. Si son varios los menores autores de las intromisiones ilegítimas contra otro menor u otros menores, copartícipes todos ellos de una campaña de difamación o desprestigio, serán todos responsables solidariamente.

## **6. LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES DEL MENOR**

### **6.1. REGULACIÓN EN ESPAÑA**

En relación al derecho a la protección de datos de carácter personal o habeas data, en España, se lleva a cabo su regulación específica con la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) y el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos (RLOPD).

#### **6.1.2. La protección de datos de carácter personal como derecho fundamental**

El artículo 18.4 de la CE obliga a *“limitar 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”*, pero no fue hasta el año 1992 cuando existió normativa específica en este ámbito, primero la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal –LORTAD-, y posteriormente la LOPD que ha transpuesto la Directiva 95/46/CE y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de datos. Aunque,

quien ha procedido a cumplimentar y desarrollar los aspectos más importantes de la citada ley es el RLOPD.

El desarrollo legislativo de este derecho fundamental está en la LOPD, siendo su objeto (art. 1) *“Garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar”*.

Para calificar la protección de datos como un derecho fundamental de la personalidad, diferenciado definitivamente del derecho a la intimidad, hay que acudir a la STC 292/2000, de 30 de noviembre<sup>760</sup>, a partir de la cual se consagra como *“Un derecho fundamental independiente y autónomo con respecto al derecho a la intimidad”*, exige una regulación completa y adecuada y su contenido consiste en *“Un poder de disposición y de control sobre los datos personales, que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o usos. Estos poderes de posición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos”*.

---

<sup>760</sup> Realiza un análisis en profundidad sobre las diferencias entre el derecho a la intimidad y a la protección de datos.

### CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

---

Pero, la LOPD ha sido objeto de reiterada crítica doctrinal<sup>761</sup>, y en mi opinión con razón, pues no dedica ningún precepto a regular específicamente la protección de datos personales de los menores de edad, los cuales se han regido por las reglas generales de la citada ley; tan sólo contiene dos referencias puntuales. Una, en su art. 7. 6 en el contexto de los denominados “*datos especialmente protegidos*”<sup>762</sup> y otra, en el art. 22. 4 al tratar los ficheros policiales, de forma incluso aún más tangencial<sup>763</sup>. Donde sí se encuentra por primera vez una norma que regula la protección de datos personales de los menores de edad es en el RLOPD concretamente en su art. 13 donde se recoge las condiciones para prestar el consentimiento por parte de los menores en el tratamiento de sus datos personales.

#### 6.1.2. **Ámbito de aplicación de la protección de los datos personales**

En España, el ámbito de aplicación de la protección de datos de carácter personal se establece en los art. 2.2.a) LOPD y art. 4.a) RLOPD y en ambos se excluyen “*los ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas*” indicando este último que “*sólo se considerarán relacionados con actividades personales o domésticas los tratamientos relativos a las actividades que se inscriben en el marco de la vida privada o familiar de los particulares*”. Asimismo, el art. 2.2 del RLOPD desarrolla que “*No será aplicable a los tratamientos de datos referidos a personas jurídicas, ni a los ficheros que se limiten a*

---

<sup>761</sup> GÓMEZ-JUÁREZ SIDERA reclamaba que “...en el propio texto de la LOPD se haga una mención específica a los datos de los menores de edad en el apartado relativo a la obtención del consentimiento para el tratamiento de los datos que incorpore las interpretaciones de la AEPD al respecto”. GÓMEZ-JUÁREZ SIDERA, I, “Reflexiones sobre el derecho a la protección de datos de menores de edad y la necesidad de su regulación específica en la legislación española”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 11, 2006, p. 86.

<sup>762</sup> La primera referencia a los menores de edad en la LOPD se realiza en el art. 7. El apartado 6 de dicho art., se refiere a los sujetos que no tienen capacidad jurídica suficiente para prestar su consentimiento, entre los que están menores, y los incapacitados. El consentimiento se requiere expreso cuando se autoriza el tratamiento de dichos datos especialmente protegidos, pero el art. 7.6 LOPD establece que no será necesario el consentimiento expreso cuando el mismo “*sea necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona, en el supuesto de que el afectado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento*”.

<sup>763</sup> Art. 7.6 “*Los datos personales registrados con fines policiales se cancelarán cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento*” y que, a tales efectos, “*se considerará especialmente la edad del afectado y el carácter de los datos almacenados*”.

*incorporar los datos de las personas físicas que presten sus servicios en aquéllas, consistentes únicamente en su nombre y apellidos, las funciones o puestos desempeñados, así como la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales”.*

Por ende, nuestra normativa no protege los datos de personas jurídicas; tampoco los ficheros que se limiten a incorporar los datos de las personas físicas que presten sus servicios en redes profesionales -cuando constan únicamente nombre y apellidos, funciones o puestos desempeñados, dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales-; ni los ficheros con datos relativos a empresarios individuales, cuando se haga referencia a ellos en su calidad de comerciantes, industriales o navieros. De tal manera, que la información de relaciones profesionales no forma parte nuclear de la privacidad de las personas. En consecuencia, lo que respecta al tratamiento de datos relativos a personas jurídicas y en particular a empresas constituidas como personas jurídicas, incluido el nombre y la forma de la persona jurídica y sus datos de contacto, nadie puede invocar la protección del presente Reglamento. Ello, también es de aplicación cuando el nombre de la persona jurídica incluya los nombres de una o más personas físicas. Ahora bien, el problema surge con las redes generalistas, pues tienen un mayor nivel de riesgo al ofrecer tanto información profesional como vivencias o aficiones como por ejemplo Muspace, que si bien es una red generalista, dispone de un grupo formado por artistas que la aprovechan para dar a conocer sus trabajos ante el público en general. A sensu contrario, sí estarán incluidos en la normativa, los datos de carácter personal o doméstico utilizados por los usuarios en el servicio de red social como una plataforma de colaboración con una empresa para una finalidad comercial<sup>764</sup> o como un medio

---

<sup>764</sup> El Dictamen 5/2009 del Grupo de Trabajo del Artículo 29 precisa en qué circunstancias las actividades de un usuario de servicios de redes sociales no están cubiertas por la “*exención doméstica*”. Una preocupación de este grupo de trabajo es la difusión y utilización de la información disponible en los servicios de redes sociales con fines secundarios. Así, señala que una tendencia creciente que se evidencia en los servicios de redes sociales es el paso de la web 2.0 para el ocio a la web 2.0 para la productividad y los servicios. Muchas redes sociales especializadas son básicamente redes de profesionales, como Linkedinn, que quiere favorecer las relaciones entre profesionales, o Ryze.com. que hace conexiones de empresas para resolver sus necesidades.

### **CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

para desarrollar una finalidad de carácter político o social, que no son finalidades personales o domésticas

Por su parte, el RGPD, también excluye de su ámbito de aplicación material los tratamientos de datos personales que lleve a cabo una persona física en el ejercicio de sus actividades exclusivamente personales o domésticas, y precisa con acierto “*siempre que no tengan un interés lucrativo*” art. 2.2.d)<sup>765</sup>. Hay que recordar, que en las redes sociales, esta cuestión no es baladí, pues la mayoría de los tratamientos que llevan a cabo los usuarios afecta a la esfera familiar y de amistad y, por tanto, están excluidos de la aplicación de dicha normativa. Sin embargo, tal y como viene interpretándose jurisprudencialmente y doctrinalmente hay una excepción, cual es la no aplicación la exención doméstica cuando los datos sean especialmente sensibles, por referirse al estado de la salud, la religión, la afiliación política, la raza o aspectos de la vida sexual de las personas, o el caso de la difusión del sexting ajeno en determinados ficheros informáticos que permiten su tratamiento organizado, tales como páginas web, portales colaborativos o perfiles públicos de redes sociales o Web 2.0, infringiendo el derecho a la protección de datos personales y pudiendo ser castigado conforme a la LOPD.

Conforme señala TRONCOSO REIGADA en los casos en que el servicio de redes sociales es utilizado por los usuarios afectando a una aceptación indiscriminada de peticiones de amistad, el perfil o los contactos se encuentran abiertos para todos los usuarios de la red social o la información puede ser indexada a través de motores de búsqueda fuera de la propia red. Con lo cual, el usuario debe ser considerado como responsable del tratamiento, aplicándose el mismo régimen que en la publicación de datos personales en otras plataformas tecnológicas abiertas en Internet<sup>766</sup> y la

---

<sup>765</sup> El Considerando 15 del Reglamento pone como ejemplo de tratamientos personales o domésticos la correspondencia o llevanza de un repertorio de direcciones, sin ningún interés lucrativo y, por ello, sin conexión alguna con una actividad profesional o comercial. Sin embargo, precisa que esta exención no debe aplicarse a los responsables o encargados del tratamiento que proporcionen los medios para tratar los datos personales relacionados con tales actividades personales o domésticas.

<sup>766</sup> TRONCOSO REIGADA, ob. cit., p. 1697.



consecuencia es que se le puede exigir las obligaciones y derechos que le otorga la legislación de protección de datos. Un caso típico y habitual de tratamiento personal o doméstico es la realización de fotografías de grupo de menores en centros educativos por parte de los padres. Ahora bien, si se publican en Internet en abierto constituyen una cesión indiscriminada de datos personales con lo que sí sería de aplicación la misma.

Por todo lo anterior, se puede concluir que los usuarios de redes sociales tienen la consideración de afectados o interesados al ser las personas titulares de los datos que son objeto de tratamiento (art. 3.e) de la LOPD). De cualquier modo, no se aplica la LOPD y el RLOPD a los datos que quedan incluidos en la esfera familiar o domésticas salvo los sensibles y aquellos referidos a personas fallecidas, ello sin perjuicio de que las personas vinculadas a aquellas puedan dirigirse a los responsables de los ficheros que contengan datos de aquellas personas con la finalidad de notificar el óbito, aportando acreditación suficiente de la persona fallecida y solicitar, en su caso, la cancelación de los datos (art. 2.4)<sup>767</sup>. Tampoco la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre (art. 2.a) ni el RGPD resuelven esta cuestión<sup>768</sup>. La

---

<sup>767</sup> En la misma dirección la LO 1/1982, de 5 de mayo, prevé las personas que pueden ejercer las acciones de protección del derecho a la intimidad de la persona fallecida y solicitar la cancelación de su perfil personal la persona designada en testamento a tal efecto, los familiares directos o el MF (arts.4 y 5). Ha existido una evolución en la posición de las redes sociales sobre el mantenimiento de la publicación del perfil personal de una persona tras su muerte. Algunas redes sociales, desde un planteamiento patrimonialista de la propiedad intelectual de lo publicado en su plataforma, continuaban con la publicación del perfil personal de los fallecidos, lo mismo que ocurría con los blogs escritos por personas fallecidas, por ejemplo con el perfil del periodista William Bemister, a pesar de las reclamaciones de su hermana. En nuestro país también se planteó con la continuidad de la publicación de los datos y conversaciones privadas de Marta Del Castillo el derecho a la intimidad. TRONCOSO REIGADA, ob. cit., p. 67. “No es agradable que cada vez que tecleas el nombre de un ser querido en Google aparezca una multa de tráfico, la foto de su orla o comentarios desagradables en blogs o redes sociales. Nosotros hacemos que esos enlaces desaparezcan y ayudamos también a gestionar todas las cuentas y perfiles que hayan podido quedar abiertas”, explica. Sus clientes, afirma, son sobre todo familiares de internautas jóvenes que tuvieron mucha actividad digital en vida. Se calcula que unos 30 millones de perfiles de Facebook pertenecen a personas fallecidas en todo el mundo. Como borrar el pasado en Internet <http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/05/17/actualidad/1400358691-542355.html>. RAQUEL VIDALES.

<sup>768</sup> Considerando 27. “El presente Reglamento no se aplica a la protección de datos personales de personas fallecidas. Los Estados miembros son competentes para establecer normas relativas al tratamiento de los datos personales de estas”.

**CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR,  
INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS  
TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

Sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014 hace una interpretación amplia del concepto de “ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas”<sup>769</sup>.

### **6.1.3. Concepto de dato personal. La imagen del menor**

Siguiendo las directrices de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre, el art. 3 LOPD y art. 5 del RLOPD establecen una serie de definiciones relativas a los sujetos, objetos, operaciones y demás aspectos relacionados con la materia, que deben concurrir para posibilitar la aplicación de dicha regulación protectora. Siendo igualmente recogidas en el precepto 4 del RGPD.

De modo tal, que el concepto de dato personal se define con carácter general en el art. 3.a) de la LOPD y se refiere a *“Cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”*. Siendo completada y clarificada su definición en el art. 5.1.f) del RLOPD al añadir *“Cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables”*. Hay que tener en cuenta que la información personal que contiene los datos personales se refiere tanto a personas identificadas como no identificadas, lo que nos lleva al art. 5.1.o) RLOPD para saber que se considera por persona identificable *“Toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, mediante cualquier información referida a su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social”*. Y por no identificable *“Aquella cuya identificación requiere plazos o actividades desproporcionados”*. Finalmente, también el RGPD en su art. 4.2) define dato personal como *“Toda información relativa a un interesado”*, y aunque pudiera pensarse que es la definición más restrictiva hasta

---

<sup>769</sup> Dice que *“la utilización de un sistema de cámara de vídeo, que da lugar a la obtención de imágenes de personas que luego se almacenan en un dispositivo de grabación continuada, como un disco duro, sistema de videovigilancia instalado por una persona física en su vivienda familiar con el fin de proteger los bienes, la salud y la vida de los propietarios de la vivienda y cuya vigilancia cubre también el espacio público, no constituye un tratamiento de datos efectuado en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas a efectos de la citada disposición de la Directiva”*.

ahora, es todo lo contrario, pues incluye además como nuevos datos personales la IP, las cookies o los datos de pseudónimos.

Con ello, y a sensu contrario, se puede concluir que todos aquellos datos que se encuentren disociados no se consideran personales, art. 5.1.e) RLOPD “*Aquél que no permite la identificación de un afectado o interesado*”, lo que conlleva la inaplicación de la regulación de protección de datos, dado que se trata de datos pertenecientes a una persona que no se puede identificar.

Por su parte, la APED<sup>770</sup> va más allá, y define dato personal como “Una información que nos identifica o nos puede identificar como el nombre y los apellidos, la fecha de nacimiento, la dirección postal o de correo electrónico<sup>771</sup>, el número de teléfono<sup>772</sup>, el DNI<sup>773</sup>, la matrícula de los vehículos<sup>774</sup>, las IP incluyendo las del móvil<sup>775</sup>, los cookies, captación de imágenes mediante cámaras de video vigilancia<sup>776</sup>, un dibujo realizado a una niña durante una prueba neuropsiquiátrica<sup>777</sup>, una

---

<sup>770</sup> AEPD @navega seguro, p. 2.

<sup>771</sup> Considera SEMPERE, dependerá si ese correo electrónico se ha usado el nombre y apellidos de una persona, pues en caso contrario, la cuestión se vuelve bastante dudosa, por ejemplo a efectos de identificación no es lo mismo un juanmartínez@gmail.com que un correo totalmente inventado trasteando@hotmail.com. SEMPERE SAMANIEGO J., *Comentarios prácticos a la Propuesta de Reglamento de Protección de Datos de la Unión Europea*, libro publicado mediante Licencia Creative Commons Reconocimiento- No Comercial- Compartir igual CC BY-NC-SA, <http://es.linkedin.com/pub/fco-javier-semper-samaniego/19/4bb/bba>, considera que la identificación de una persona mediante el correo electrónico es bastante discutible, p. 103.

<sup>772</sup> Dictamen 285/2006, de la AEPD sobre la prestación de un servicio teletaxi.

<sup>773</sup> Dictamen 334/2008, de la AEPD sobre la creación de un fichero cuyo único dato es el DNI o NIF.

<sup>774</sup> Dictamen 425/2006, de la AEPD sobre la naturaleza de los datos contenidos en la placa de matrícula de un vehículo y el nivel de protección exigido por la Ley de dichos datos.

<sup>775</sup> Dictamen 4/2007 sobre concepto de datos personales Grupo de Trabajo de Protección de Datos del Art. 29, p. 18-19. Si bien la IP lo que puede es identificar al titular de la línea pero no a quien esté utilizando el ordenador de esa IP, por lo que la argumentación de la AEPD tendría que ser matizada, considera SEMPERE, ob. cit., p. 106. En este sentido, apoya esta argumentación la STS 987/2012 de 3 de diciembre que procede a anular una condena a dos personas que habían cometido una estafa informática en base a que la identificación de los acusados mediante la IP no es prueba suficiente para acreditar la comisión del delito. Por el contrario la Audiencia Nacional también se ha manifestado sobre el carácter de dato personal la IP en el llamado “*Caso Promusicae*” basándose para ello en los mismos argumentos que la AEPD es decir que la IP es un dato de carácter personal y que Internet, al no tener la consideración de fuente accesible al público, determina que es necesario el consentimiento para tratar ese dato personal, que no se puede aplicar la excepción de informar del art. 5.5 RLOPD, p. 107.

<sup>776</sup> Dictamen 4/2007 sobre concepto de datos personales, Grupo de Trabajo de Protección de Datos del Artículo 29, p. 8.

<sup>777</sup> Dictamen 4/2007...ob. cit., p. 9.

### **CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

fotografía o una grabación telefónica de nuestra voz<sup>778</sup>, el valor de una vivienda asociado a su propietario<sup>779</sup>, el registro de llamadas de un teléfono<sup>780</sup>, el sistema de localización de un taxi<sup>781</sup>, y muchos otros datos que usamos a diario y que constituyen información valiosa que podría permitir identificar a una persona ya sea directa o indirectamente". Toda esta información nos permite desarrollar nuestra actividad cotidiana, como puede ser inscribir a nuestros hijos en el colegio, recibir atención sanitaria, realizar llamadas telefónicas o disfrutar de nuestro ocio.

Por la jurisprudencia de la UE, resulta de particular interés la Sentencia de 6 de noviembre de 2003 (Lindqvist Asunto c-101/01)<sup>782</sup> del TJUE, en la que se establecen con claridad los criterios a aplicar sobre la protección de datos en Internet. Y sin duda se incluye el nombre de una persona junto a su número de teléfono u otra información relativa a sus condiciones de trabajo o a sus aficiones como dato personal conforme al art. 2.a) y 3.1 de la Directiva 95/46.

Como en la normativa de protección de datos no se define la imagen como dato personal, nos surge la cuestión de si es o no un dato personal. Cuando los usuarios de las redes sociales vuelcan una imagen, ésta tiene la consideración de dato personal,

---

<sup>778</sup> Dictamen 4/2007...ob. cit., p. 8.

<sup>779</sup> Dictamen 4/2007...ob. cit., p. 9.

<sup>780</sup> Dictamen 4/2007... ob. cit., p. 12.

<sup>781</sup> Dictamen 4/2007...ob. cit., p. 12.

<sup>782</sup> La Sra. Lindqvist desempeñaba funciones de catequista en la parroquia de Alseda (Suecia). A finales de 1998, creó, en su domicilio y con su ordenador personal, varias páginas web con el fin de que los feligreses de la parroquia que se preparaban para la confirmación pudieran obtener fácilmente la información que pudiera resultarles útil. Dichas páginas contenían información sobre la Sra. Lindqvist y dieciocho de sus compañeros de la parroquia, incluido su nombre de pila, acompañado, en ocasiones, del nombre completo. Además, la Sra. Lindqvist describía en un tono ligeramente humorístico las funciones que desempeñaban sus compañeros, así como sus aficiones. En varios casos se mencionaba la situación familiar, el número de teléfono e información adicional. Asimismo, señaló que una de sus compañeras se había lesionado un pie y que se encontraba en situación de baja parcial por enfermedad. La Sra. Lindqvist fue condenada a pagar una multa de 4000 SEK (aproximadamente 450 euros) por haber tratado datos personales de modo automatizado sin haberlo comunicado previamente por escrito a la Datainspektion (organismos público para la protección de los datos transmitidos por vía informática), por haberlos transferido a países terceros sin autorización y por haber tratado datos personales delicados (una lesión en un pie y una baja parcial por enfermedad). Nota de prensa publicada en <http://curia.europea.eu//es/actu/communiques/cp03/aff/cp0396es.htm>.

pudiendo incluso afectar al derecho fundamental a la propia imagen cuando se trata la de un tercero. Aun así, naturalmente en la mayoría de los casos, esas imágenes se mantienen en el ámbito de los amigos o conocidos, por lo que son considerados ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas, como se recoge en el art. 2.2 a) LOPD. En virtud de esta exención doméstica, en principio cabe excluir a priori, las imágenes del marco de aplicación de la LOPD, ya que normalmente son empleadas con una finalidad privada o doméstica.

No obstante, para la APED la imagen es dato personal siempre y cuando permite la identificación de las personas que en ella aparecen. Y en este sentido, es relevante el Informe 0194/2009 elaborado como consecuencia de la consulta ante la publicación no consentida en la página web de un centro escolar de fotos de una alumna con motivo de la realización de diversas actividades extraescolares<sup>783</sup>. Pero como bien apunta REBOLLO DELGADO<sup>784</sup> no hay que olvidar que la imagen puede tener dos vertientes distintas y, por ende, ser incluida en dos derechos distintos. El derecho a la propia imagen o el derecho de protección de datos, la elección de uno u otro será en función de las circunstancias y derechos que en cada caso resulten afectados, pues la captación de una fotografía, dependiendo del lugar, lo fotografiado y la situación concreta de la persona puede o no resultar intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen o en el derecho a la protección de datos. Lo significativo es la existencia de los requisitos necesarios que posibiliten configurar cada supuesto

---

<sup>783</sup> Las imágenes a las que se refiere la consulta tendrán la consideración de datos de carácter personal en caso de que las mismas permitan la identificación de las personas que en ellas aparecen, no encontrándose amparadas por la LOPD en caso contrario. Siendo la imagen un dato personal, en los términos vistos, la toma de fotos de los alumnos efectuada por el colegio constituye, por ende, un tratamiento de datos personales, tal y como prevé el art. 3 de la LOPD que configura este como "*operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias.*". En lo que se refiere al tratamiento de datos de carácter personal, entre las obligaciones del responsable del fichero, en el presente caso el centro escolar, está la de obtener el consentimiento del interesado para el tratamiento o cesión de los datos y la de informar sobre los derechos que les asisten, así como sobre la identidad y dirección del responsable y sobre el uso que se va a dar a esos datos.

<sup>784</sup> REBOLLO DELGADO, L., *La imagen como dato*. Anuario Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá de Henares. Servicio de Publicaciones, nº 2, 2009, <http://hdl.handle.net/10017/6442>, pp. 177-201.

### CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

---

concreto, bien el derecho a la propia imagen, o bien en su caso, la imagen como dato. Por consiguiente, para que las imágenes que constan en videos o fotografías que permiten la identificación de las personas que en ellas aparecen sean datos personales amparados por la LOPD habrá que examinar si la toma y difusión de ellas realizadas por particulares está incluida o excluida de la aplicación de la normativa de protección de datos. En consecuencia, quedará incluida cuando la difusión de la imagen no se reduce a un número cerrado de contactos sino que se difunde de manera indiscriminada, es decir, cuando los contactos personales se encuentran abiertos para todos los usuarios de la red social o cuando la información personal puede ser indexada a través de motores de búsqueda fuera de la propia red. Y excluida, cuando se difunde entre contactos cerrados o entre particulares en los que existe una relación de amistad o familiar. En esa línea, se pronuncian la SAN de 15 de junio de 2006<sup>785</sup> o la SAN Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª, de 20 de abril de 2009<sup>786</sup>. En cualquier caso, la imagen no se considera dato sensible y conforme a los casos previstos en el art. 7 del RLOPD<sup>787</sup>, es fuente accesible al público pudiendo ser consultada por cualquier persona.

---

<sup>785</sup> "(...) Será personal cuando los datos tratados afecten a la esfera más íntima de la persona, a sus relaciones familiares y de amistad y que la finalidad del tratamiento no sea otra que surtir efectos en esos ámbitos".

<sup>786</sup> "La imagen de una persona es un dato personal al que se aplica la LOPD cuando está recogida en ficheros de datos personales, por consiguiente la LOPD será de aplicación a las imágenes consentidas en páginas web, portales colaborativos de público acceso -como puede ser Youtube- o perfiles de redes sociales accesibles a un elevado número de usuarios".

<sup>787</sup> Art.7 "Fuentes accesibles al público: 1. A efectos del artículo 3, párr. j) de la Ley Orgánica 15/1999, se entenderá que sólo tendrán el carácter de fuentes accesibles al público: a) El censo promocional, regulado conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre. b) Las guías de servicios de comunicaciones electrónicas, en los términos previstos por su normativa específica. c) Las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección profesional e indicación de su pertenencia al grupo. La dirección profesional podrá incluir los datos del domicilio postal completo, número telefónico, número de fax y dirección electrónica. En el caso de Colegios profesionales, podrán indicarse como datos de pertenencia al grupo los de número de colegiado, fecha de incorporación y situación de ejercicio profesional. d) Los diarios y boletines oficiales. e) Los medios de comunicación social. 2. En todo caso, para que los supuestos enumerados en el apartado anterior puedan ser considerados fuentes accesibles al público, será preciso que su consulta pueda ser realizada por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa, o sin más exigencia que, en su caso, el abono de una contraprestación."

En definitiva, la imagen de una persona (mayor o menor de edad) al igual que otras manifestaciones de su identidad (la voz o el nombre) se consideran datos de carácter personal cuando no exista limitación alguna para acceder a la publicación de las fotos o vídeos en Internet y se regulará por la LOPD y el RLOPD. Aunque también puede ser abordada como ya se ha estudiado en los capítulos anteriores desde el punto de vista del derecho a la propia imagen reconocido como derecho fundamental en el art. 18.1 CE siempre y cuando el sujeto sea reconocible. En la práctica, y a pesar de la doble vertiente parece preferirse más la defensa de la imagen desde la regulación de la protección de datos de carácter personal debido a la mayor simplicidad y gratuidad del procedimiento sancionador que se inicia por la AEPD.

#### **6.1.4. Conceptos de fichero, tratamiento y cesión de datos. Ámbitos de tratamiento y cesión de datos personales del menor**

Para poder aplicar la LOPD, se entiende necesaria la existencia de un fichero, conforme al art. 3 b) cualquiera que sea su soporte, pues si los datos no se incluyen en un fichero, no es de obligado cumplimiento. Esta solución, se ampara en la idea de que solamente la información que se alberga de forma estructurada en un soporte puede ser tratada adecuadamente y, por ende, el interesado puede verse afectado en sus derechos por dichos tratamientos. A sensu contrario, una gestión aislada de un dato inconexo y desgajado de un conjunto ordenado no proporciona valor a dicha información ni erosiona los bienes jurídicos que la LOPD trata de proteger, de manera que no se justifica su activación. La definición de fichero viene de la mano de los arts. 5.1 K) RLOPD<sup>788</sup> y 4.6) RGPD<sup>789</sup>.

En lo que respecta al tratamiento de datos establece el art. 2.1 LOPD y RLOPD que son susceptibles de tratamiento cuando exista un conjunto de operaciones y

---

<sup>788</sup> Art. 5.1 K) *“Todo conjunto organizado de datos de carácter personal, que permita el acceso a los datos con arreglo a criterios determinados, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso”.*

<sup>789</sup> Art. 4.4 *“Todo conjunto estructurado de datos personales, accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica”.*



### **CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias. Con lo cual, comprobamos que el concepto de tratamiento de datos es muy amplio y la mera captación de la imagen de una persona es un dato a tratar siempre cuando sea mediante cámara fotográfica, videocámara, teléfono móvil o cualquier otro dispositivo que lo permita. Igualmente, el art. 4.2 RGPD hace una definición detallada del tratamiento de datos<sup>790</sup>.

Para nuestro TC, tan solo con la recogida o grabación de datos personales existe tratamiento de datos aunque éstos no se conserven. El TJE en el ya citado caso Lindqvist enumera varios ejemplos de tales operaciones, entre las que figura la comunicación por transmisión, la difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los datos. De este modo, la conducta que consiste en hacer referencia en una página web a datos personales debe considerarse un tratamiento de esta índole. Pero quedará por determinar si dicho tratamiento está *“parcial o totalmente automatizado”*. Por lo tanto, difundir información en una página web implica de acuerdo con los procedimientos técnicos e informáticos que se aplican actualmente publicar dicha página en un servidor, así como realizar las operaciones necesarias para que resulte accesible a las personas que están conectadas a Internet. Estas operaciones se efectúan, al menos en parte, de manera automatizada. En definitiva, la conducta que consiste en hacer referencia en una página web a diversas personas y en identificarlas por su nombre o por otros medios, como su número de teléfono o información relativa a sus condiciones de trabajo y a sus aficiones, constituye un

---

<sup>790</sup> Art. 4.2 *“Cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no , como la recogida, registro organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, supresión o destrucción”*.



*“tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales”* conforme al art. 3.1 de la Directiva 95/46.

Ya en relación a la cesión o comunicación de datos, nuestro reglamento ha considerado que forma parte del tratamiento, no siendo necesaria una regulación específica y separada de esta operación, incluyéndola por ende en el régimen general del tratamiento, si bien acompañada de algunas notas específicas. El art. 5.1 c) RLOPD dice que *“Tratamiento de datos supone su revelación a una persona distinta del interesado”*. Y la única diferencia apreciable con la definición de la LOPD es su consideración explícita como *“tratamiento”*, lo que tampoco es necesario pues en la definición de este último concepto se incluyen, dentro del elenco de operaciones, las cesiones. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la cesión es una operación que plantea problemas relacionados con la expansión o difusión de la información más allá del sujeto que originariamente la poseía, lo que conlleva la necesidad de mayores controles del flujo de datos y de trazabilidad de su circulación. Por ello, el peligro que implica la cesión de datos personales es variado: el conocimiento por múltiples personas, el control de quienes sean los destinatarios y la finalidad de los posteriores tratamientos, el mantenimiento en todo momento de la capacidad de decisión del interesado, a salvo las excepciones legales. Por otra parte, en el RGPD no se menciona la cesión de datos, pese a ello considero su inclusión en la definición de tratamiento al referirse a cualquier operación aunque no la recoja. Por el contrario, lo que si introduce y define por primera vez son conceptos tales como *“violación de los datos personales”, “datos genéticos”, “datos biométricos”, “datos relativos a la salud”, “establecimiento principal”, “representante”, “empresa”, “grupo de empresas”, “normas corporativas vinculantes” “niño” y “autoridades de control”*.

Pese a lo anterior, MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS<sup>791</sup>, opina que quizás hubiera sido más conveniente mantener en el RLOPD una regulación de cesiones

---

<sup>791</sup> MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS J. A., “Algunas consideración sobre protección de datos personales de las personas menores de edad en Internet”, en *Los derechos de la personalidad de los menores y* 312

### **CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

separada del tratamiento de datos, como lo demuestra el hecho de que gran parte de las resoluciones emitidas por los órganos de autocontrol continúen refiriéndose a tales actos de forma expresa. Es más, en el ámbito de la protección de los datos en Internet, la cesión o comunicación de los mismos constituye un aspecto fundamental de la protección, baste como ejemplo la inclusión de una definición y de una regulación específica sobre la comunicación de datos en la normativa de los EEUU sobre protección de la privacidad de los menores en Internet. Ya a nivel autonómico, la Ley 12/2008, de 3 de julio de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana ha mantenido dicha separación en contra de la normativa nacional

Por todo ello, constituye una cesión o comunicación de datos de carácter personal, definida por el art. 3 j) LOPD “*Toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado*”, publicar fotos de los alumnos en la página web del colegio. En consecuencia, tanto la toma de las fotografías, como su publicación en Internet requieren el consentimiento del afectado o de sus padres si se trata de un menor de 14 años, de forma que cuando se tratan y ceden dichos datos personales sin el pertinente consentimiento, la LOPD establece el correspondiente mecanismo reactivo, cual es el derecho de cancelación de datos de carácter personal, recogido en su art. 16<sup>792</sup> tal como lo solicitó el padre respecto de la imagen de su hijo menor publicada en la página web en la Resolución de 10 de noviembre de 2009<sup>793</sup>.

---

*las nuevas Tecnologías*, (Coords. E. JORDÁ CAPITÁN y V. DE PRIEGO FERNÁNDEZ), El Derecho, Madrid, 2012, p. 114.

<sup>792</sup> Cabe señalar que el Grupo de Trabajo del Art. 29, órgano consultivo independiente de la UE sobre protección de los datos y la vida privada, creado en virtud de lo previsto en el citado art. de la Directiva 95/46/CE relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, en el Dictamen 2/2009, sobre la protección de los datos personales de los niños, en el que se contempla el especial supuesto de los colegios, recuerda, al referirse a los sitios web creados por éstos, que deben ser conscientes de que divulgar información personal justifica un cumplimiento más riguroso de los principios fundamentales de protección de datos. Igualmente recomienda que se pongan en marcha mecanismos de acceso restringido con vistas a proteger la información personal en cuestión, por ejemplo mediante la conexión con nombre de usuario y contraseña. Asimismo, el aludido Dictamen advierte que debe prestarse una especial atención a la publicación por parte de los colegios de fotos de sus alumnos en Internet, debiendo hacerse siempre una evaluación del tipo de foto, la pertinencia de su publicación y su objetivo. Hace referencia a que incluso en aquellos casos en que se tomen fotografías colectivas que no permitan una fácil identificación de los alumnos, que podrían no estar sujetas a la normativa de protección de datos como se ha señalado al principio del presente informe, las escuelas deben

Tanto la AEPD como los Tribunales, han emitido diversas resoluciones de tratamiento de datos y de cesión de datos de menores sin el correspondiente consentimiento de los representantes legales. En tal sentido, se pueden clasificar diversos ámbitos de recogida de datos de los menores de edad:

**-Las promociones o concursos dirigidos a menores:** En las que deben cumplirse con los requisitos establecidos en el RLOPD para el tratamiento de datos de los menores de edad, incluso aunque se trate de ficheros temporales, lo que suele ser habitual cuando son promociones o concursos. Sirvan de ejemplo los supuestos que dieron lugar a la Resolución de 30 de noviembre de 2011<sup>794</sup>, donde la empresa Panrico realizó una promoción a través de la web *www.toibollycao* en cuyas bases permitía la participación de menores, estableciéndose una opción para obtener el consentimiento de los representantes legales, pero al analizar los mecanismos de verificación de edad y obtención del consentimiento parental, lo cierto es, que la obtención de datos a través del formulario que debía enviarse en soporte papel no exigía en ningún momento el consentimiento de los representantes legales, por lo que claramente infringía las exigencias legales al respecto<sup>795</sup>. La Resolución de 22 de diciembre de 2011<sup>796</sup> se trataba de un concurso para formar parte de una carroza en la Cabalgata de Reyes, promocionado por un canal infantil de televisión, en cuyo formulario que se cumplimentaba a través de una web, tan solo solicitaba datos de los menores sin que existiera ninguna opción para la autorización de los representantes legales<sup>797</sup>.

---

informar a los niños y a sus padres de que se van a tomar fotografías y como van a utilizarse, dándoles la oportunidad de rehusar su inclusión en dicha foto.

<sup>793</sup> R/02299/2009 (TD/00892/2009).

<sup>794</sup> R/02177/2011 (PS/00234/2011).

<sup>795</sup> La Sanción fue confirmada por la SAN 29/12/2012 (RJCA 2013, 99), aunque en el recurso la empresa pretendía que se imputara la responsabilidad únicamente a la empresa encargada del tratamiento con la que había contratado la realización de la promoción.

<sup>796</sup> R/02636/2011 (PS/00339/2011).

<sup>797</sup> Otro caso de recogida de datos para participar en un concurso es la Resolución de 5 de octubre de 2009 (R/01974/2009 (PS/00293/2009), si bien se sancionó por la falta de cumplimiento del deber de informar, pues se había recabado datos de menores de edad a través de un cupón para participar en un sorteo contenido en una conocida revista dirigido a un público sobre todo menor de edad.

**CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR,  
INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS  
TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

**-Tratamientos de datos de menores por servicios de la sociedad de la información:** Resultan interesantes por la utilización de servicios de videojuegos por los menores, la Resolución de 14 de marzo de 2008<sup>798</sup> sancionó el sitio web por prestar diversos servicios para las personas que se registraran, entre ellos, trucos en el uso de videojuegos. Además, los datos de registro nutrían un fichero que se utilizaba para realizar promociones comerciales, a pesar de que en los términos y condiciones de uso del servicio se señalaba claramente que su uso no estaba permitido a ese colectivo, un menor de 14 años consiguió registrarse en el sitio web recibiendo posteriormente una promoción comercial de un banco para la contratación de una tarjeta de crédito<sup>799</sup>. La Resolución de 26 de abril de 2010<sup>800</sup>, sancionó a un sitio web dirigido a un público infantil y juvenil que permitía, a los menores jugar y chatear, entre otras actividades, por tratar datos de menores de 14 años sin consentimiento de sus representantes legales. La referida web recababa datos de usuario, contraseña y correo electrónico, pudiendo posteriormente, introducir la fecha de nacimiento, ciudad y país de procedencia. Consecuentemente, la AEPD entendió que la dirección de correo electrónico (formada por el nombre e iniciales de los apellidos) asociada a la fecha de nacimiento permitía la identificación del titular, el cual, pudo darse de alta en la web sin consentimiento de los padres a pesar de constar que se trataba de un menor de 14 años. Por la publicación de imágenes de menores en Internet y Redes sociales, la Resolución 5 de marzo de 2009<sup>801</sup>, que se refiere a un caso de publicación en una web de datos de menores de edad (dirección IP de los internautas, entre ellos, menores de edad), aunque fue archivado como consecuencia de no poder establecer quien era al responsable del sitio web. Y la Resolución de 30 de julio de 2010<sup>802</sup> que sancionó a un portal de Internet especializado en establecer contactos personales entre usuarios jóvenes o adolescentes a través de mensajes

---

<sup>798</sup> R/00284/2008 (PS/00281/2007).

<sup>799</sup> Las sanciones impuestas a la entidad en esta Resolución fueron confirmadas por la SAN 26/11/2009 (JUR 2009, 496350).

<sup>800</sup> R/00893/2010 (PS/00468/2009).

<sup>801</sup> E/00989/2008.

<sup>802</sup> R/01663/2010 (PS/00023/2010).

interactivos. Y ello, por contener perfiles de menores de 14 años y tratar sus datos sin consentimiento de sus representantes legales. En concreto, el sitio web recababa a través de un formulario de registro los datos de nombre de usuario, contraseña, correo electrónico, sexo, fecha de nacimiento (anterior a 1 de enero de 1994), país, provincia y fotografía (registro que debía ser validado antes de hacerse público). Se pudo constatar, que ningún usuario registrado tenía declarada una edad menor de 15 años (edad mínima), buena parte de las fotografías parecían corresponder a menores de 14 años en actitudes provocativas y exhibicionistas. Además, junto a los comentarios y fotografías, se incluían banners publicitarios que permitían acceder a otros sitios web desde los que se facilitaba la suscripción a servicios SMS-Premiun (cartas astrales, concursos...), información comercial sobre videojuegos, otras páginas de contactos, etc.

**-Tratamiento de la imagen de los menores de edad en centros educativos:**

Reviste especial interés, las Resoluciones de 15 de julio de 2008<sup>803</sup> que sancionan la cesión de datos de los alumnos de una escuela primaria a una editorial para realizar una publicación sobre el centro, sin que se hubiera solicitado el consentimiento de algunos representantes legales. La Resolución de 16 de noviembre de 2009<sup>804</sup> también sanciona a una federación deportiva por publicar en su web los resultados de competiciones de menores sin consentimiento de los padres. La Resolución de 5 de noviembre de 2010<sup>805</sup> por sancionar a un colegio, si bien en este caso revela datos de un menor de edad (art. 10 LOPD) (nombre, condición de alumno del centro y estudios que cursaba) a los padres de otro menor del centro. Otros casos similares, son la Resolución de 24 de febrero de 2011<sup>806</sup>, por la fotografía de un alumno de una escuela de música, tomada durante un festival de curso, la cual fue utilizada en los folletos publicitarios de la escuela, sin el consentimiento de los representantes legales. Resolución de 1 de octubre de 2015<sup>807</sup> se sanciona al Colegio Ecole por publicar fotografías sin el consentimiento de una alumna menor ni de sus padres, en la página

---

<sup>803</sup> R/00905/2008 (PS/00499/2007) y R/00914/2008 (AP/00003/2008).

<sup>804</sup> R/02285/2009 (PS/00010/2009).

<sup>805</sup> R/02162/2010 (PS/00225/2010).

<sup>806</sup> R/00330/2011 (PS/00477/2010).

<sup>807</sup> PS-00214-2015. Resolución de 1 de octubre de 2015 de la AEPD.

### CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

---

web del colegio, su perfil de Facebook y su blog, así como en Youtube; Resolución de 2 de noviembre de 2015<sup>808</sup>, se apercibe previa a la sanción al Colegio para que dejen de aparecer en su revista imágenes del hijo menor discapacitado sin el consentimiento del menor ni de sus padres o tutores legales. Una situación cada vez más extendida es la captación o tratamiento de datos personales a través de videocámaras en entornos escolares en cuyo caso también se les aplicaría los principios en materia de protección de datos pero sin olvidarse en particular del principio de proporcionalidad al tratarse de menores de edad<sup>809</sup>. En este sentido, se debe tener en cuenta la Instrucción 1/2006, de 12 de diciembre de la AEPD sobre el tratamiento con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras. De tal manera, que para la AEPD sólo deben instalarse cuando se considere insustituible, resulte una medida adecuada al fin que se pretende conseguir y no exista otra menos invasiva en los derechos de los menores<sup>810</sup>. Pero con una serie de limitaciones en cuanto al lugar o periodos en los que se puede tomar la imagen, para no colisionar con los derechos a la intimidad y a la libertad de enseñanza<sup>811</sup>. Por eso, la AEPD diferencia entre captar imágenes con fines de seguridad o no. En el primer caso, la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada legitimaría para el tratamiento de imágenes sin la necesidad de contar con el consentimiento de las personas afectadas. Sin embargo, en el segundo caso sería necesario tener el correspondiente consentimiento para su tratamiento<sup>812</sup>.

#### **-Tratamiento de los datos personales de los menores de edad al contratar o modificar las condiciones de la contratación realizadas con la operadora**

---

<sup>808</sup> A-00145-2015. Resolución de 2 de noviembre de 2015 de la AEPD.

<sup>809</sup> Vid. Informe 274/2009 y la Guía de Video vigilancia 2009 de la AEPD accesible en la página web de la Agencia: [http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/pdfs/guia\\_videovigilancia.pdf](http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/pdfs/guia_videovigilancia.pdf).

<sup>810</sup> Para la AEPD (Guía de Video vigilancia, p. 25), la instalación de cámaras de vídeo vigilancia sería una medida proporcional y justificada si se cumplen los siguientes requisitos: a) que se trate de una medida susceptible de conseguir el objetivo propuesto; b) que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; c) que la misma sea ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

<sup>811</sup> No puede existir video vigilancia en lugares como baños, vestuarios o gimnasios y su uso en aulas o zonas de recreo debe ser excepcional tampoco se puede captar imágenes con fines de control escolar. Vid. el Informe 345/2009, cuyo tema es la instalación de cámaras por razones de seguridad en un colegio.

<sup>812</sup> Guía video vigilancia, p. 37.

**telefónica:** Al respecto citar, la Resolución de 11 de noviembre de 2008<sup>813</sup> que sancionó a la empresa Telefónica Móviles España al acreditarse la adquisición de un pack telefónico (con línea de prepago) y la emisión de una factura a un menor de 13 años sin el consentimiento de sus representantes legales. Las Resoluciones de 11 de noviembre de 2008<sup>814</sup> y 22 de noviembre de 2008<sup>815</sup> sancionaron a la empresa Telefónica por contratar con menores el cambio de la línea de teléfono de prepago a contrato (en el primer caso, un menor de 17 años y en el segundo, una menor de 13 años). Y la Resolución de 19 de agosto de 2009<sup>816</sup> sancionó a la empresa Telefónica por la contratación de un menor de 14 años de una línea de teléfono, si bien fue anulada por la SAN 1 de abril de 2011<sup>817</sup> por considerar que existía consentimiento del representante legal del menor. Ahora bien, en línea con el CC, jurisprudencia<sup>818</sup> y la AEPD<sup>819</sup>, LUQUIN BERGARECHE considera que adquirir un terminal telefónico y/o la contratación de una línea telefónica (en particular, mediante la modalidad de pos pago), no se pueden calificar contratos de escasa entidad acordes a la madurez del menor ya que pueden suponer el desembolso de importantes cantidades de dinero a través de las facturas que se genere, El criterio de la AEPD es establecer como regla general que un menor no emancipado no tiene capacidad para contratar, y en consecuencia, para consentir por sí solo el tratamiento de datos derivado de dicho contrato, y ello, con independencia de que se supere la edad de los 14 años establecida en el art. 13 RLOPD<sup>820</sup>. Por consiguiente, cuando el tratamiento de datos pueda tener consecuencias en su esfera patrimonial, el límite de 14 años será desplazado requiriéndose la autorización o convalidación de los representantes legales. En cambio, en los supuestos previstos en el art. 164.3 CC, que permite al menor mayor de

---

<sup>813</sup> R/01349/2008 (PS/00315/2008).

<sup>814</sup> R/01405/2008 (PS/00316/2008). En cambio, la SAN 10/2/2010 (JUR 2010,82779) que resolvió el recurso contra dicha resolución, lo anula, no tanto porque considere que el menor tiene capacidad para contratar, sino basándose en la capacidad para consentir el tratamiento de datos en base al art. 13 RLOPD.

<sup>815</sup> R/01359/2008 (PS/00330/2008).

<sup>816</sup> R/01891/2009 (PS/00088/2009).

<sup>817</sup> JUR 2011, 135060.

<sup>818</sup> SAN 25/3/2010 (JUR 2010, 124010) resuelve el recurso contra la Resolución de 11 de noviembre de 2008 y considera que no cabe encuadrar dicho contrato en el art. 162 CC, teniendo en cuenta la edad del menor y las características de la adquisición mediante pago con tarjeta.

<sup>819</sup> R/01349/2008 (PS/00316/2008).

<sup>820</sup> ANDREU MARTÍNEZ, M.B., *La protección de los datos personales de los menores de edad*, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, p.114.

### **CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

16 años realizar actos de administración ordinaria respecto de los bienes adquiridos con su trabajo o industria, o cuando se trate de un menor emancipado si podría admitirse tal capacidad<sup>821</sup>. Sin embargo, en contra del criterio de unidad en la capacidad para contratar y consentir el tratamiento de datos personales de la AEPD, nuestra jurisprudencia española, desvincula tal unidad, es decir, por una parte está la capacidad para contratar se rige conforme a las normas del CC y por otra la capacidad para consentir el tratamiento de sus datos personales se le aplica el art. 13 RLOPD<sup>822</sup>. Por ello, en tanto en cuanto no exista una norma que expresamente establezca la necesidad de intervención de los representantes legales para el tratamiento de datos no se puede acudir al precepto que regula la capacidad de obrar del menor en relación a otra cuestión de la que deriva el tratamiento de datos. La AN, no entra a valorar la capacidad del menor para contratar, tan solo dilucida la cuestión del tratamiento de datos personales desvinculado del acto material del que deriva. Comparto con la autora ANDREU MARTÍNEZ<sup>823</sup> el rechazo a tal postura al desvincular de forma más que criticable la normativa de protección de datos de otras normas sobre la capacidad de los menores existentes en el ordenamiento jurídico y convertir al citado art. 13 en una regla aislada e impermeable en materia de protección de datos personales<sup>824</sup>.

**- La inclusión en Ficheros morosos de los datos personales de los menores de edad como consecuencia del incumplimiento del contrato:** A título

---

<sup>821</sup> LUQUIN BERGARECHE, R., *La protección Jurídico-Civil del Menor Usuario de Telefonía Móvil en la Sociedad de la Tecnología*, mantiene que a diferencia de los supuestos de emancipación (art. 1263.1 CC), los menores no emancipados no pueden prestar un consentimiento contractual válido y eficaz en estos casos, incluso aunque se trate de la adquisición de una tarjeta de crédito. Analiza, además, los diferentes casos de contratación en el caso de menores no emancipados que se suelen dar en la práctica por los representantes legales o por los propios menores (así, contratación de servicios de telefonía móvil por los representantes legales en su propio nombre o en nombre del menor cediendo el uso a éste; contratación por el menor de edad en su propio nombre, a veces a través del terminal adquirido por él mismo en modalidad de prepago-dentro de un gasto módico- y la contratación de los servicios por parte de los menores a través de terminal adquirido por los representantes legales en modalidad de prepago). Cuadernos de Aranzadi civil, Navarra, 2012, pp.69, 81 y ss.

<sup>822</sup> En ese sentido, citar las SSAN 14/1/2009 (JUR 2009, 59625) y 10/2/2010 (JUR 2010, 82779).

<sup>823</sup> ANDREU MARTÍNEZ, ob. cit., p. 116.

<sup>824</sup> Conforme al art. 1.301CC, la consecuencia de la contratación de un menor sin consentimiento del representante legal como regla general es la anulabilidad del contrato, en cambio para la AEPD cuando sea menor de 14 años es la nulidad absoluta pese a no existir base legal alguna en la que se pueda sustentar.



de ejemplo la SAN de 29 de abril de 2005<sup>825</sup> se ha pronunciado en una titularidad de una cuenta corriente bancaria para parte de un menor y la posibilidad de su inclusión en un fichero de morosos por el saldo deudor resultante y concluye que como cotitular de una cuenta bancaria puede ser deudor e incurrir en la condición de moroso, aunque sea su madre (en su condición de representante legal) quien actuara por él<sup>826</sup>. En ella se fijan los criterios que se siguen en resoluciones posteriores, incluidas las de la propia AEPD como la Resolución de 27 de abril de 2009<sup>827</sup> que también trata de un caso de cotitularidad por parte de una menor de una cuenta corriente e inclusión de sus datos en fichero de morosos por saldo deudor. Otro caso, es el resuelto en la SAN de 1 de abril de 2011<sup>828</sup>, una madre (ante la imposibilidad de realizarlo a su nombre), contrató una línea telefónica en nombre de su hijo de 14 años domiciliando los recibos en una cuenta de su titularidad. Ante el impago de algunos recibos, los datos del menor (y únicamente los de éste) fueron incluidos en un fichero de morosos siendo denunciado por la madre. Podría plantearse la cuestión de si la inclusión de los datos de un menor en un fichero de morosos lesiona su derecho a la intimidad, tal y como el Fiscal de menores del TSJ de Asturias alegó en la mencionada SAN 29 de mayo de 2005. Pues bien, el tribunal considera que es inaplicable el art. 4 LOPJM al ámbito que nos ocupa y para ello se basa en que no se puede equiparar tal inclusión que tiene un ámbito restringido de difusión con la difusión de los medios de comunicación a los cuales se refiere el citado precepto. En cualquier caso, no se debe olvidar que la intimidad del menor quedaría siempre protegida por la LOPDH.

#### **6.1.5. El deber de informar la recogida y el tratamiento de los datos personales del menor**

---

<sup>825</sup> JUR 2005, 264576.

<sup>826</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ C., *La responsabilidad civil del menor*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 247 y ss.

<sup>827</sup> E/00297/2007.

<sup>828</sup> JUR 2011, 130560.

### **CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

Con carácter general y previo a consentir es muy importante que las redes sociales cumplan con el principio de información recogido en el art. 5 LOPD<sup>829</sup>, de manera que el titular de los datos ya sea mayor o menor debe ser previamente informado en primer lugar, de la existencia de un fichero y de un tratamiento con sus datos personales. En segundo lugar, del carácter obligatorio o facultativo de la respuesta. En tercer lugar, de las consecuencias de obtención de los datos y de la negativa a suministrarlos. En cuarto lugar, de la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición (ARCO). Y en último lugar, de la identidad, dirección postal y electrónica del responsable del fichero y del servicio para el ejercicio de los derechos ARCO. Por ello, es necesario que se lea y se acepte expresamente la política de privacidad antes de la publicación del perfil con datos personales en la red social, de manera que no debe ser posible la introducción de ningún dato sin que el afectado haya dado su consentimiento expreso, en el que acepte los términos y condiciones de la política de privacidad de la red social. Pese a lo anterior, no todas las redes sociales cumplen la normativa de protección de datos personales en este punto, ya que la política de privacidad no está destacada suficientemente en las páginas de inicio y en la fase de registro<sup>830</sup>. Consecuentemente, no existe un conocimiento de quien posee sus datos, para qué finalidad, ni se conocen de manera completa las posibles cesiones y el almacenamiento de cookies; y aunque existe una apariencia de consentimiento el incumplimiento del principio de la información, implica que no existe un consentimiento informado.

---

<sup>829</sup> Art.5.1 “Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco: a) De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información. b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas. c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos. d) De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. e) De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante. Cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, deberá designar, salvo que tales medios se utilicen con fines de trámite, un representante en España, sin perjuicio de las acciones que pudieran emprenderse contra el propio responsable del tratamiento”.

<sup>830</sup> Muy pocas personas leen la política de privacidad -donde se señala la explotación de la información por intereses económicos- especialmente los jóvenes. Hay que destacar que los digitales natives son objeto de un interés específico por las compañías de publicidad.

El nuevo RGPD, trata esta cuestión al introducir el principio de transparencia de la información y comunicación en relación con el usuario (art. 5.1. a) lo que tiene consecuencias para los servicios de redes sociales en relación con la información y, con el derecho de acceso, ya que la información al interesado deberá incluir no sólo los fines del tratamiento sino también el interés legítimo del responsable, información sobre el plazo dentro del cual se conservarán los datos (ya recogido en la LOPD), el derecho a presentar una reclamación ante la autoridad de control, y en su caso, la intención del responsable de efectuar una transparencia internacional y el nivel de protección del tercer país<sup>831</sup>.

En relación al menor, para el caso de que pueda prestar por sí mismo consentimiento para el tratamiento de sus datos personales, primero debe conocer exactamente que está consintiendo, con lo que la información previa y detallada es una condición indispensable para el otorgamiento de un consentimiento válido. Teniendo en cuenta que donde los menores ceden sus datos es sobre todo en Internet, conviene prestar atención al modo en que los prestadores de servicios recaban el consentimiento de los usuarios al solicitarles determinados datos de carácter personal. Normalmente, la práctica más extendida para cumplir este requisito legal es la inserción de un aviso legal en las páginas web y en los formularios de recogida de datos. El problema es, que por lo general, la redacción de dichos avisos legales es bastante técnica y aunque cumple formalmente con el texto de la LOPD, no es una información útil para el menor de edad al no entender plenamente su contenido. Por eso, la doctrina ha remarcado la importancia de que la redacción de los avisos legales que presumiblemente van dirigidos a menores de edad tenga en cuenta el nivel de educación de éstos, empleando un tenor comprensible del menor<sup>832</sup>.

Ahora bien, respecto a aquellos menores que tengan capacidad de discernimiento suficiente pero que no puedan prestar aún el consentimiento, ¿pueden

---

<sup>831</sup> TRONCOSO REIGADA, ob. cit., pp. 73-74.

<sup>832</sup> GÓMEZ-JUÁREZ SIDERA, I., *La protección de los datos del menor como e-consumidor. Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, (Coord. L. COTINO HUESO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 718.

**CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR,  
INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS  
TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

ser también destinatarios de la información relativa al tratamiento de sus datos personales, aunque presten el consentimiento sus representantes legales? GÓMEZ-JUÁREZ SIDERA<sup>833</sup> defiende que se informe tanto a los representantes legales como al menor, en contra PRATS ALBENTOSA<sup>834</sup> entiende que en el caso de menores de 14 años la relación se establecerá entre el responsable y los representantes legales, que son quienes han de consentir. Por mi parte, considero que si tienen derecho a recibir información necesaria para su desarrollo y a participar en las decisiones que les afecten desde que tenga suficiente juicio, aunque consientan los representantes legales. Sobre todo en los sitios web dirigidos específicamente a menores, pues con independencia de que la información la dirijan a los representantes legales y sean éstos quienes consientan en el tratamiento de datos, deberán tener adaptada la información relativa al tratamiento de datos a las capacidades de entendimiento de un menor<sup>835</sup>.

No nos debemos olvidar, que el incumplimiento del deber de información conforme al art. 5 LOPD supone una infracción de la normativa de protección de datos que puede conllevar importantes sanciones como por ejemplo en el caso de la Resolución de la AEPD de 5 de octubre de 2009<sup>836</sup> donde se sancionó en 6.000 euros a la empresa Panini por recabar datos personales de menores para participar en un sorteo a través de cupones en la revista *High School Musical* por incumplimiento de la información del art. 5 LOPD.

---

<sup>833</sup> GÓMEZ-JUÁREZ SIDERA, ob. cit., pp. 718 y ss.

<sup>834</sup> PRATS ALBENTOSA, L., "Principios de protección de datos: Calidad de los datos, consentimiento para el tratamiento de datos y deber de información" en *Comentario al Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (aprobado por RD 1720/20079, de 21 de diciembre)*, (Dir. A. PALOMAR OLMEDA y P. GONZÁLEZ-ESPEJO), Thomson-Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2008, p.177.

<sup>835</sup> Cabe hacer referencia de nuevo a la SAN 29/12/2012 (RJCA 2013,99) que sanciona a la empresa como consecuencia de incumplir con la obligación de informar a la "necesaria diligencia en el tratamiento de los datos y la información a suministrar a menores de 14 años".

<sup>836</sup> R/01974/2009 (PS/00293/2009).

A mi juicio, la línea en la que se debe avanzar es la necesidad de concienciar a los prestadores de servicios de la necesidad de dar una información adaptada a las capacidades de entendimiento de los menores, pues solo así, se puede garantizar el cumplimiento de este deber<sup>837</sup>.

#### **6.1.6. El consentimiento del menor en el tratamiento de sus datos personales**

En lo atinente al consentimiento de los usuarios, lo primero que debemos tener en cuenta, es que proporcionan datos personales para generar su descripción o perfil y con ellos el proveedor de un servicio de redes sociales lleva a cabo un tratamiento de los mismos. Ahora bien, para tratar los datos de carácter personal se requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa. Y ese consentimiento debe ser una manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la cual el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen.

La AEPD por “consentimiento libre”, entiende aquel que haya sido obtenido sin la intervención de vicio alguno del consentimiento en los términos regulados por el CC; “específico”, se refiere a una determinada operación de tratamiento y para una finalidad determinada, explícita y legítima del responsable del tratamiento; “inequívoco” se exige la realización de una acción u omisión que implique la existencia del consentimiento e “informado”, cuando el afectado conozca con anterioridad al tratamiento la existencia del mismo y las finalidades para las que se produce<sup>838</sup>.

Cabe decir, que en materia de protección de datos se admite el consentimiento expreso y tácito<sup>839</sup>. De tal modo, que este último existe cuando el tratamiento de datos

---

<sup>837</sup> Vid. Informe 308/2008 de la AEPD, en el que se señala la obligación de cumplir con el deber de informar al menor conforme al art. 13.3 RLOPD para que su consentimiento sea válido. Y el Informe 46/2010, que destaca mayor rigor en el deber de informar cuando el destinatario sea un menor de edad.

<sup>838</sup> Informe jurídico emitido por la AEPD, 0917/2013, referido en uno de sus puntos a la regulación existente en la LOPD y en el RLOPD en relación al consentimiento de los usuarios.

<sup>839</sup> Respecto al consentimiento presunto, vid. Artículo “El consentimiento presunto no es válido en protección de datos salvo para CCOO” de D. GONZÁLEZ CALLEJA: 324

### CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

---

no afecte a datos especialmente protegidos (art. 7.2 y 3 LOPD) y está regulado detalladamente en el art. 14.2 del RLOPD. En este sentido, la AEPD en su Dictamen 93/2008<sup>840</sup>, se ha pronunciado sobre las formas de prestar el consentimiento mediante webs, analizando entre ellos el consentimiento tácito.

Pero como hemos observado, la LOPD nada dice en cuanto al consentimiento para el tratamiento de datos de los menores de edad, únicamente se establece en el art. 13 del RLOPD, un límite expreso cual es la edad de 14 años para que el consentimiento prestado por un menor en la utilización de sus datos personales sea válido. El apartado uno del citado precepto<sup>841</sup>, diferencia dos categorías de menores de edad, situando la edad de 14 años, como la frontera para consentir el menor el tratamiento de sus datos en ficheros automatizados. De manera que, cuando son mayores de 14 años *“Podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo aquellos casos en los que la ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela”*<sup>842</sup>. Con ello, se

---

<http://descargalegal.blogs.lexnova.es/2011/12/05/el-consentimiento-presunto-no-es-valido-en-protección-de-datos-excepto-para-cco/>.

<sup>840</sup> “En el supuesto de que la recogida de datos se realice a través de una página web, las obligaciones a las que acabamos de referirnos, suelen cumplirse mediante formularios y cláusulas a los que se accede a través de enlaces como pueden ser “aviso legal” o “política de protección”. También es importante incluir algún tipo de “link” de este tipo en relación con los derechos de los interesados de rectificación, cancelación, acceso y oposición. En cuanto al consentimiento informado, este habrá de recabarse de tal forma que resulte imposible la introducción de dato alguno sin que previamente el afectado haya conocido la advertencia que contenga las menciones a las que nos hemos referido, pudiendo servir como prueba del consentimiento la acreditación de que el programa impide introducir los datos sin antes haber aceptado el aviso legal al que hemos hecho referencia. Todo ello tiene por objeto asegurar que el consentimiento de los afectados sea efectivamente específico e inequívoco tal y como exige la Ley.

<sup>841</sup> Esta capacidad de los mayores de catorce años para prestar su consentimiento al tratamiento de datos personales fue anticipada por la Memoria 2000, Agencia Española de Protección de Datos, Madrid, 2001, pp. 381 y ss. En lo que a los menores de catorce años respecta, la Memoria dejaba la cuestión del consentimiento a sus condiciones de madurez suficiente, sin especificar quién determina si el menor reúne dichas condiciones. Esta laguna ha sido cubierta con el art. 13 del RLOPD.

<sup>842</sup> TRONCOSO REIGADA, A., “La protección de los datos sanitarios del menor”, en *Nuevos retos que plantean los menores en Derecho. III Jornadas sobre Derecho de los menores*, (Coords. I. E. LÁZARO GONZÁLEZ e I. V. MAYORAL NARROS), Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2004, pp.213 y ss. En el ámbito médico, el menor no puede consentir por sí solo el tratamiento de los datos médicos en el caso de un determinado acto médico como por ejemplo una operación quirúrgica. Vid. Informe 466/2004 y las Resoluciones de 11 de noviembre de 2008 (R/01405/2008, PS/00316/2008) y 19 de agosto de 2009 (R/01891/2009, PS/00088/2009). Para GRIMALT SERVERA, P., “Los menores en internet: capacidad versus protección de la vida privada” en *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*,

deja claro que la capacidad para consentir el tratamiento de sus datos personales no se adquiere antes de los 14 años<sup>843</sup>. Pues se presupone que a los 14 años se tiene ya unas condiciones de madurez suficiente para consentir por si mismos en que se traten sus datos de carácter personal, incluidos los sensibles, al no existir distinción alguna en el citado precepto, lo cual no deja de plantear dudas sobre todo en ciertos ámbitos (por ejemplo marketing directo)<sup>844</sup>. Por el contrario, cuando son menores de 14 años “Se requerirá el consentimiento de los padres o tutores” para lo cual, toma como referencia la normativa civil, en la que el menor no reúne las condiciones de madurez suficientes, ni dispone de capacidad para la celebración de determinados actos civiles como puede ser el otorgar el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales.

A pesar de todo, este apartado establece una presunción general de madurez a los 14 años para el tratamiento de sus datos personales en base al criterio fijado por la AEPD en su Memoria 2000, donde interpreta el citado precepto en conjunto con otras normas, y toma como referencia a los mayores de 14 años por considerar que disponen de las condiciones de madurez suficiente para consentir acerca del tratamiento de sus datos, “Toda vez que nuestro ordenamiento jurídico viene, en diversos casos, a reconocer a los mayores de catorce años la suficiente capacidad de discernimiento y madurez para adoptar por sí solo determinados actos de la vida civil”<sup>845</sup>. Para llegar a tal conclusión, ha partido del art. 162.2.1 CC y se ha apoyado en

---

(Coords. M. CUENA CASAS, L. A. ANGUITA VILLANUEVA y J. ORTEGA DOMÉNECH), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 187 y ss. Igualmente excluye la capacidad para contratar a los menores no emancipados (art. 1263.1 CC), previsión también aplicable en el caso de datos íntimos o la propia imagen, en los que habrá que atender a las condiciones de madurez para prestar el consentimiento por parte de los menores previstas en el CC y la LOPDH y no el art. 13.1 RLOPD. Pese a que nuestra jurisprudencia no sigue este criterio, pues exige la existencia de una norma que expresamente establezca la necesidad de intervención de los representantes legales para el tratamiento de datos personales no siendo suficiente la norma que establezca la necesidad de los representantes legales para contratar.

<sup>843</sup> Así lo afirma expresamente la AEPD en su Informe jurídico 308/2008, para el caso de SMS recibidos por un menor en su teléfono móvil. También el Informe 179/2010, sobre la necesidad de contar con el consentimiento de los representantes legales para la creación de direcciones de correo electrónico a menores de un centro escolar cuando intervenga un prestador de servicios de la sociedad de la información. Previsión seguida por la AEPD que entiende que el tratamiento de datos personales de menores debe estar en relación con la capacidad contractual de éstos.

<sup>844</sup> Duda OROZCO PARDO, ob. cit., p. 401 que el art. 13 RLOPD habilite para recabar datos sensibles.

<sup>845</sup> MEMORIA 2000 de la AEPD, ob. cit., pp. 381 y ss.

### CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

---

determinados actos de la vida civil en los cuales se reconoce a los mayores de 14 años capacidad de discernir y madurez suficiente para realizarlos por sí solos tales como adquirir la nacionalidad española o testar. De tal manera, que ha abogado por conjugar la edad, como presunción iuris tantum con la capacidad natural y madurez del menor. En cambio, con respecto a los menores de 14 años, la AEPD, tan solo señala vagamente que “No puede ofrecerse ninguna solución claramente favorable a la posibilidad de que por los mismos pueda prestarse el consentimiento al tratamiento, por lo que la referencia deberá buscarse en el art. 162.1º CC, teniendo en cuenta, fundamentalmente sus condiciones de madurez”. Pese a referirse al criterio de la madurez, en cierto modo, los obvia y requiere el consentimiento de los padres o tutores.

Algunos autores cuestionan si el menor goza de la capacidad jurídica suficiente para consentir sobre el tratamiento de sus datos<sup>846</sup>. Y así, TRONCOSO REIGADA<sup>847</sup>, considera que se debe estar a cada caso, especialmente, en los distintos tramos de edad. CASTELLÓ MARTÍNEZ<sup>848</sup> añade que la edad mínima para participar es objeto de amplio debate en el ámbito de las redes sociales on line. Una vez leídas y aceptadas las condiciones de contratación y prestado el consentimiento, la persona queda registrada como usuario. ABA CATOIRA<sup>849</sup> se pregunta cómo es posible aplicar la norma del art. 13 ROLPD si muchas veces son los propios menores de 14 años, quienes se registran en las redes sociales sin haber alcanzado aún plena madurez ni responsabilidad. Por su parte, LUQUIN BERGARECHE<sup>850</sup> critica la edad de 14 años fijada en el citado reglamento, pues entiende que un preadolescente de 14 años, no

---

<sup>846</sup> GÓMEZ-JUÁREZ SIDERA, afirma que dado el carácter transnacional de la Red, resulta problemática la diversidad de criterio a la hora de establecer una edad de protección reforzada para el tratamiento de datos en los diferentes países. En España la edad está fijada en catorce años; en EEUU, en trece; el llamado Grupo de Berlín), (foro internacional que aglutina autoridades de protección de datos de muchos países), ha trabajado también con la edad de dieciséis años. Ob. cit., p. 720.

<sup>847</sup> TRONCOSO REIGADA, ob. cit., p. 1231.

<sup>848</sup> CASTELLÓ MARTÍNEZ, A., “Ética en publicidad Online”, Fonseca, *Journal of Communication*, nº 1, ISSN: 2172-9077, p. 232.

<sup>849</sup> ABA CATOIRA, ob. cit., p. 16.

<sup>850</sup> LUQUIN BERGARECHE, ob. cit., p. 201.



está suficientemente preparado para consentir el tratamiento de sus datos personales en ficheros y registros automatizados de datos, con las consecuencias que ello puede acarrear. Sin embargo, con el fin de otorgar mayor seguridad jurídica en la red, la gran mayoría de la doctrina entiende que el citado apartado viene a clarificar y dar solución a una cuestión que no estaba del todo resuelta en las normas precedentes, pues se ha decantado por fijar una frontera en materia de la edad de los menores y su capacidad para consentir en materia de cesión de datos personales siendo un elemento de más fácil comprobación para permitir el acceso a la red. No obstante, tal y como oportunamente señala BARTOLOMÉ TUTOR<sup>851</sup> son cuestiones distintas una, el acceso a la red y, otra, que una vez que hayan accedido, sus actuaciones pongan en situación de vulnerabilidad su intimidad, honor, imagen e incluso la protección de sus propios datos personales, en donde habría que jugar con parámetros de madurez, en tanto ésta permitirá que el menor sea capaz de barajar si consiente o no una intromisión ilegítima en estos derechos propios de la esfera privada. Comparto la opinión con GIL ANTÓN<sup>852</sup> que la prestación del consentimiento por el menor no debiera ser fijado únicamente en función del dato objetivo de la edad y el criterio subjetivo de la suficiente madurez, sino que además debería tenerse en cuenta la formación o información o de ambas, pues los datos que se vuelcan en la red producen “*una cesión de datos en un lugar que el menor de 14 años no sabe cómo realmente funciona*”, esto es, el menor desconoce si en donde cede los datos existe algún tipo de indexación por otras páginas, u otros elementos, por ello debería tener una adecuada formación al respecto. El problema está en su acreditación y como se procedería a la valoración y ponderación en su caso. No obstante, también se ha cuestionado la constitucionalidad de que un RD límite para un colectivo -los menores de edad- un derecho fundamental. En ese sentido, coincido con VÁZQUEZ DE CASTRO<sup>853</sup> y MARTÍNEZ OTERO, que hubiera sido más oportuno que una restricción de este tipo fuera recogida en una

---

<sup>851</sup> BARTOLOMÉ TUTOR, ob. cit., p. 287.

<sup>852</sup> GIL ANTÓN, A. M., *El derecho a la propia imagen del menor en Internet*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 196.

<sup>853</sup> VÁZQUEZ DE CASTRO, se cuestiona también la idoneidad de una norma de rango reglamentario para fijar esta frontera de edad, y propone su incorporación al articulado de la LOPD. VÁZQUEZ DE CASTRO, E., “Protección de datos personales, redes sociales y menores”, *Revista de Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 29, 2012, pp. 54-58.

### **CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

norma con rango de LO, toda vez que hubiese surgido del poder legislativo con una mayoría reforzada.

De todo lo mencionado, cabe resaltar que el derecho del menor interesado en prestar su consentimiento por sí o por medio de sus representantes, para el tratamiento de sus datos personales es la garantía y el instrumento principal para todos, y así lo recoge la propia Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su art. 8.1 cuando dice que *“El tratamiento de los datos personales solo es posible previo consentimiento del afectado”*. En igual línea, se decantaba la Propuesta del Reglamento, si bien rebajaba el límite a la edad de 13 años para la obtención de ese consentimiento, exigiendo el consentimiento de padres y tutores para los menores de 13 años y debiendo ser dicho consentimiento prestado para posibilitar el tratamiento de datos personales en la red, expreso y verificable. Sin embargo, el RGPD eleva la edad para consentir el menor a partir de los 16 años, dando libertad a los estados miembros para que establezcan otra edad la cual en ningún caso puede ser inferior a los 13 años. Esta última matización conlleva la posibilidad de mantener la edad límite de 14 años recogida en la normativa española o elevarla hasta los 16 años.

Otro aspecto que se debe poner de relieve, es la diferencia existente sobre la actuación de los responsables parentales según sea el derecho al honor, intimidad e imagen o el derecho a la protección de datos. Mientras que en la normativa sobre protección al honor, intimidad e imagen se refiere constantemente a la intervención de los representantes legales, pese a que como cree BARTOLOMÉ TUTOR<sup>854</sup> debería hablarse de titulares de la patria potestad en calidad de asistentes, tal como lo recoge el actual art. 162. 1 CC, modificado por la LMSPIA. En cambio, el RLOPD incorpora a los responsables parentales no como representantes legales, sino que de su redacción se puede inferir esta actuación dentro de los deberes de asistencia y cuidado, conforme al art. 154 CC.

---

<sup>854</sup> BARTOLOMÉ TUTOR, ob. cit., p. 286.

En cuanto al apartado dos, se detalla que tipo de datos son los que no se pueden solicitar del menor, siendo por tanto condición sine qua non que *“Cualquier responsable de fichero obtenga el consentimiento expreso cuando sea un mayor de 14 años y por escrito de sus padres o tutores cuando sea un menor de 14 años y afecte a terceras personas del entorno familiar”* y *“los que se pueden solicitar y su finalidad”*. De tal forma, que *“En ningún caso podrán recabarse del menor datos que permitan obtener información sobre los demás miembros del grupo familiar, o sobre las características del mismo, como los datos relativos a la actividad profesional de los progenitores, información económica, datos sociológicos o cualesquiera otros, sin el consentimiento de los titulares de tales datos. No obstante, podrán recabarse los datos de identidad y dirección del padre, madre o tutor con la única finalidad de recabar la autorización prevista en el apartado anterior”* Por lo tanto, el consentimiento del menor en los casos que se preste por sí mismo, es válido únicamente para el tratamiento de los datos que le conciernen. No se puede utilizar al menor para obtener información de su núcleo familiar, excepto identidad y dirección del representante legal cuando el menor no esté capacitado para prestar el consentimiento por sí mismo.

En lo atinente al apartado tres, se incide en la necesidad de que *“La información dirigida a los menores se exprese en un lenguaje de fácil comprensión, adaptado al nivel de entendimiento que pueda tener un menor de edad, lo que obliga a utilizar un lenguaje sencillo y fácil de comprender por el menor de acuerdo con sus especiales condiciones de madurez”*, de tal manera que *“Cuando el tratamiento se refiera a datos de menores de edad, la información dirigida a los mismos deberá expresarse en un lenguaje que sea fácilmente comprensible por aquéllos, con expresa indicación de lo dispuesto en este artículo”*. Este apartado indica cómo debe redactarse la cláusula informativa y además utilizarse un lenguaje sencillo que permita su comprensión por el menor evitando así un lenguaje técnico o formal. Pero nada se dice sobre cómo y cuándo dar esta

### **CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

información, por lo que habrá que aplicar los criterios generales<sup>855</sup>. Todo ello, deberá ponerse además en relación con el ya analizado citado art. 5 LOPD.

En lo que respecta al apartado cuatro exige al responsable del fichero acreditar que *“Ha obtenido el consentimiento y que éste ha sido prestado por los padres o representantes legales”*, siendo la forma escrita la más segura, planteando dudas respecto al empleo de fórmulas incluidas en una web, en las que queda constancia sobre la prestación del consentimiento aunque no sea por medio escrito. Y por eso, mantiene que *“Corresponderá al responsable del fichero o tratamiento, articular los procedimientos que garanticen que se ha comprobado de modo efectivo la edad del menor y la autenticidad del consentimiento prestado en su caso, por los padres, tutores o representantes legales”*. Tal previsión, ha sido ratificada por el TS en dos Sentencias de fecha 15/7/2010<sup>856</sup>.

Por último, hay que tener en cuenta que el incumplimiento del consentimiento, al igual que el deber de información, supone una infracción de la normativa de protección de datos (art. 44.3 b)<sup>857</sup>, lo que puede conllevar importantes sanciones pudiendo ser rebajadas o sustituidas por un mero apercibimiento si concurren algunas de las causas que atenúan la responsabilidad previstas en los apartados 5º y 6º del art. 45 LOPD<sup>858</sup>. Así, en la Resolución de 22 de diciembre de 2011<sup>859</sup> se sanciona

---

<sup>855</sup> Pueden consultarse, las recomendaciones para el sector del comercio electrónico realizadas por la AEPD año 2000 [https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canal/documentacion/recomendaciones/common/pdf/recomendaciones\\_comercio\\_electronico.pdf](https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canal/documentacion/recomendaciones/common/pdf/recomendaciones_comercio_electronico.pdf).

<sup>856</sup> Dictadas por la Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª (RJ 2010, 6271 y RJ 2010, 6272). Estas sentencias resuelven ambos recursos (23 y 25/20008) interpuestos por la Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) y por la Federación de Comercio Electrónico y Marketing (FECEMD), por los que se pretendía que se declarara la nulidad de diversos preceptos del RLOPD, por infringir la LOPD y la Dirección comunitaria de protección de datos personales.

<sup>857</sup> Su vigente redacción ha sido aprobada por Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

<sup>858</sup> Vid. Informe Jurídico de la AEPD 0197/2013. En el que se hace un estudio pormenorizado del citado art. 13 RLOPD, emitido como consecuencia de la consulta planteada sobre si la red social deportiva está autorizada a publicar material audiovisual en que aparecen menores, cuya mecánica consiste en que los participantes suban su material a canales privados de Youtube que después se enlaza a través de la red social. La red social a que la consulta se refiere tiene a estos efectos un perfil en Facebook.

<sup>859</sup> Resolución de 3 de diciembre de 2010 sanciona por la denuncia presentada por los padres de un menor de siete años como consecuencia de una fotografía tomada a la entrada de una exposición sin su

con una multa de 20.000 euros al canal infantil Turner Broadcasting España que promocionaba la asistencia a la Cabalgata de Reyes; en la Resolución de 12 de febrero de 2015<sup>860</sup> se sanciona con una multa de 15.000 euros a un Banco por reclamar una deuda a un menor de trece años y en la Resolución de 12 de enero de 2016<sup>861</sup>, se apercibe previamente a la sanción a una Parroquia consecuencia de utilizar los datos de la menor para fines de publicidad distintos a los autorizados. Por parte de nuestra jurisprudencia, resultan particularmente interesantes la SAN de 2 de enero de 2013<sup>862</sup>, en la que se condena por la difusión efectuada por un usuario de Facebook de un vídeo en su muro, libremente accesible a cualquier usuario de dicha red social, en que éste aparece conversando con un grupo de escolares menores de edad (de entre 7 y 8 años) que miran a la cámara y cuyo rostro resulta identificable sin que dicho usuario de la red social hubiera obtenido para dicha difusión el consentimiento de sus padres o tutores. Y la SAN de 26 de septiembre de 2013, relativa al acceso al smartphone de un menor de doce años por parte del Director y del Informático del Centro escolar sin el consentimiento del padre ni orden judicial, en la que se avala a un colegio que revisó el móvil de un niño por un vídeo sexual.

De todo lo que antecede, se puede concluir que la legislación da soluciones diferentes en función de que derecho se vulnere, así en materia de protección de datos, se establece un límite expreso cual es la edad como presunción iuris tantum, por lo tanto cede la determinación de la madurez a favor de la edad como medida de seguridad jurídica; mientras que en relación al derecho al honor, intimidad e imagen se requieren condiciones de madurez. Ello nos puede llevar a preguntarnos ¿cuál es la causa de que exista un tratamiento diferente entre los derechos de la personalidad que se ejercitan en el mismo medio (Internet)? A mi parecer la explicación hay que buscarla en las fechas en que se redactaron estas leyes, pues en el caso de la LOPDH,

---

consentimiento publicada en el concurso “Fotocam” convocado por la Comunidad de Madrid, la cual fue utilizada en la composición de carteles publicitarios e incluida en una muestra itinerante y difundida en medios de comunicación. Resolución de 2 de noviembre de 2010 se sanciona a un estudio fotográfico por exponer en el escaparate del establecimiento la fotografía de un menor de edad.

<sup>860</sup> PS-00579-2014.

<sup>861</sup> A-00175-2015. Resolución de 12 de enero de 2016 de la AEPD.

<sup>862</sup> RJCA 2013,100.

**CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR,  
INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS  
TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

en el año 1982 ni siquiera se podía prever los efectos que la difusión masiva de este medio podía aparejar, y en cuanto a la LOPD, en el año 1999, se elaboró en los prolegómenos del nacimiento de Internet, en la que ni tan siquiera todavía habían proliferado las redes sociales.

## **6.2. REGULACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA**

### **6.2.1. Documentos específicos sobre el tratamiento de los datos personales del menor en Europa**

Si bien la UE no dispone de regulación específica en el tratamiento de los datos personales y la privacidad del menor de edad, ello no significa que esta materia no haya sido objeto de atención con anterioridad<sup>863</sup>, existiendo múltiples documentos en los cuales se aborda la problemática que plantea el tratamiento de los datos de los menores en diferentes ámbitos. En ese sentido, uno de los primeros documentos que trata sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los servicios audiovisuales y de información es el Libro Verde de fecha 16 de octubre de 1996 presentado por la Comisión Europea<sup>864</sup>. En segundo lugar, el Código de conducta europeo de la Federación Europea de Marketing Directo e Interactivo (FEDMA) del año 2003, sobre la utilización de datos personales en la comercialización directa, en el que se incluye una definición de los menores como titulares de los datos objeto de tratamiento, a los efectos de determinar su capacidad para consentir o la necesidad de que concurren sus representantes; y a su vez, se establece el régimen para el tratamiento de datos en base a la necesidad de un deber de información clara a los

---

<sup>863</sup> BUTTARELLI, G., “Los menores y las nuevas tecnologías”, en *Redes sociales y privacidad del menor*, Reus, (Dir. J. L. PIÑAR MAÑAS), Madrid, 2011, pp. 144 y ss.

<sup>864</sup> Se hace un análisis de los distintos medios, individuales y de masas que se emplean, se propone normativas flexibles y adaptables a la naturaleza de dichos medios, se estudia la realidad jurídica existente en el panorama internacional, se plantea la necesidad de protección respecto de contenidos ilícitos y los que no lo son y se potencia los mecanismos de coordinación de los Estados miembros de la Unión Europea para conseguir una protección adecuada.

menores en la recogida de datos, que recae sobre los responsables del tratamiento. En tercer lugar, el Grupo de Trabajo del Artículo 29 (GdT29)<sup>865</sup>, ha abordado tangencialmente el tema de los menores en diversos documentos de trabajo<sup>866</sup>. A modo de ejemplo citar, en el ámbito publicitario (Dictamen 3/2003<sup>867</sup> y el Dictamen 4/2010 relativo al Código de conducta europeo de la FEDMA sobre la utilización de datos en la comercialización directa; Dictámenes 2/2010 y 16/2011, acerca de publicidad comportamental en línea); los relativos a geo localización (Dictámenes 5/2005 y 13/2011); en relación a los datos biométricos (Dictámenes 3/2007 y 3/2012); en referencia a las redes sociales (Dictamen 5/2009) o de las aplicaciones de los dispositivos inteligentes (Dictamen 2/2013). Pero además, ha elaborado un documento específico, el Dictamen 2/2009, de 11 de febrero, sobre la protección de datos personales de los niños (Directrices generales y especial referencia a las escuelas o colegios)<sup>868</sup>. Por su parte, el Grupo Berlín (International Working Group on Data Protection in Telecommunications, IWGDPT) ha confeccionado el Documento de Trabajo “La privacidad de los menores en Internet: El papel del consentimiento parental”<sup>869</sup>, donde se analiza cuando es necesario tener el consentimiento de los representantes legales del menor para el tratamiento de sus datos personales en el contexto de Internet, y se establecen diversos supuestos en los que es adecuado obtener dicho consentimiento, como puede ser: cuando se solicite a un menor que proporcione los datos personales; cuando se vayan a revelar a un tercero datos personales del menor o vayan a ser utilizados con fines distintos (por ejemplo

---

<sup>865</sup> Creado en virtud del Artículo 29 de la Directiva 95/46/CE. Se trata de un organismo de la UE, con carácter consultivo e independiente, para la protección de datos y el derecho a la intimidad que ha publicado diferentes documentos que orientan sobre las formas de aplicar las Directivas de la UE a los niños. Sus funciones se describen en el artículo 30 de la Directiva 95/46/CE y en el artículo 14 de la Directiva 97/66/CE. Desempeña las labores de secretaría la Dirección E (Servicios, propiedad intelectual e industrial, medios de comunicación y protección de datos) de la Dirección General de Mercado Interior de la Comisión Europea, B-1049 Bruxelles/Brussel, Bélgica. Despacho: C100-6/136. Sitio web: [www.europa.eu.int/comm/privacy](http://www.europa.eu.int/comm/privacy).

<sup>866</sup> Consultar en [http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/workinggroup/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/workinggroup/index_en.htm).

<sup>867</sup> Dictamen 3/2003 considera que las medidas recogidas en el Código respecto al tratamiento de los datos de menores eran positivas, si bien aconsejaba que debían diferenciarse y encuadrarse en el contexto de la recogida de datos en línea, de tal manera que debía ser objeto de regulación específica por razón del medio empleado.

<sup>868</sup> Basado en el Documento de Trabajo 1/08, de 18 de febrero (WP 147), que fue sometido a consulta pública.

<sup>869</sup> Puede consultarse en <http://www.datenschutz-berlin.de/content/europa-international/international-working-group-on-data-protection-in-telecommunications-iwgdpt>.

### **CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

marketing directo); o cuando datos personales del menor vayan a ser publicados en una web. Es relevante destacar que para el IWGDPT menor es la persona que tiene menos de 16 años<sup>870</sup>.

Pero para poder desarrollar los citados documentos, la UE ha aprobado instrumentos de valor jurídico como ha sido la Recomendación 98/560 CE del Consejo, de 24 de septiembre de 1998, relativa al desarrollo de la competitividad de la industria europea de servicios audiovisuales y de información mediante la promoción de marcos nacionales destinados a lograr un nivel de protección comparable y efectivo de los menores y de la dignidad humana; se ha centrado en las acciones a desarrollar para proteger la dignidad humana y los intereses de los menores, dirigiéndose a tres destinatarios diferentes: a los Estados miembros, a las partes e industrias implicadas y a la propia Comisión Europea. Asimismo, ha diferenciado entre contenidos nocivos e ilegales. De tal manera, que mientras los primeros se amparan en la libertad de expresión y el objetivo de ellos es restringir su acceso para los menores; los segundos, no están amparados por ninguna libertad comunicativa, debiendo ser localizados y suprimidos al tiempo que se castiga a los responsables de los mismos<sup>871</sup>. La Recomendación 2006/952/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativa a la protección de los menores y de la dignidad humana y al derecho de réplica en relación con la competitividad de la industria europea de servicios audiovisuales y de información en línea, su principal objetivo en el contenido de los servicios audiovisuales es garantizar tres aspectos: que sea lícito, que respete el principio de la dignidad humana y que no perjudique el desarrollo de los menores. También se dirige a la Comisión, los Estados miembros y la

---

<sup>870</sup> Un análisis del documento puede encontrarse en GÓMEZ-JUÁREZ SIDERA, I., “La protección de los datos del menor como e-consumidor” en *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías* (Coord. I. COTINO HUESO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 729 y ss.

<sup>871</sup> En relación a los contenidos nocivos en Internet, durante los años 90, la evolución legislativa y jurisprudencial norteamericana fue divergente, al tiempo que la Administración CLINTON procuró prohibir su difusión a través de diferentes normas, el Tribunal Supremo defendió la legitimidad de la difusión en Red, en virtud de la libertad de expresión consagrada en la Primera Enmienda de la Constitución americana. Un estudio más detallado de la cuestión, vid. MARTÍNEZ OTERO, J. M., “La protección de los menores en los medios audiovisuales en Estados Unidos”, *Derecho Comparado de la Información*, nº17, 2011, pp. 121-163.



industria<sup>872</sup>. En cualquier caso, no hay que olvidar que ninguna de las citadas Recomendaciones aborda directamente la protección de los datos de los menores, es decir, no van dirigidas específicamente a este colectivo, tan solo centran su atención sobre los problemas derivados del acceso por los menores a contenidos indebidos para su formación y dignidad.

Igualmente es interesante destacar en el año 2009, la adopción de un Acuerdo de autorregulación<sup>873</sup> entre las principales empresas web, propiciado por la Comisión Europea del que surgieron los “Principios Europeos para unas redes sociales más seguras”, cuya finalidad era potenciar la seguridad de los menores que acceden a redes sociales de todo tipo, de manera que pudieran sentirse protegidos frente al ciberacoso y contaran con más información para evitar poner en práctica conductas de riesgo como pueden ser la revelación de información de carácter personal, o proporcionar su imagen. Desembocando en la “Resolución de Madrid”, instrumento legislativo vinculante que hace uso, consagra y complementa los principios comunes de protección de datos y respeto, integrando legislaciones de los cinco continentes para la elaboración de un futuro Convenio universal vinculante<sup>874</sup>.

---

<sup>872</sup> Recomendación 2006/95/CE Síntesis. Propone dos medidas concretas: la concesión de una etiqueta de calidad a los proveedores de servicios para que cualquier usuario pueda comprobar fácilmente si un proveedor determinado se acoge o no a un Código de buena conducta y la adopción de medios adecuados para que se denuncien las actividades ilícitas o sospechosas en Internet. Respecto a la industria, les propone tres ámbitos que promover la defensa de los menores y de la dignidad humana: medidas positivas a favor de los menores, medidas técnicas, y lucha contra las discriminaciones.

<sup>873</sup> Dicho acuerdo fue suscrito por diecisiete de las principales redes sociales europeas (Dailymotion, Facebook, Google/You Tube, Microsof Europa, MySpace, Yahoo Euoropa, Netlog, Arto Bebo, Giovani.it, Hyves, Nasza- Klaza.pl, uno, Skyrock, StudiVZ, Habbo Hotel y zap.lu) para incrementar la seguridad de los menores, mejorando la protección y limitando los riesgos de un uso inapropiado. Algunas de las medidas a que se han comprometido, son: a) tratar de impedir el acceso de usuarios demasiado jóvenes para utilizar sus servicios, si una red social está dirigida a adolescentes de más de trece años, a los menores de esa edad debe resultarles difícil registrarse. b) Colocar en el sitio un botón de denuncia de abusos accesible y fácil de usar, que permita a los usuarios denunciar con un solo clic, contactos o comportamientos inadecuados de otros usuarios. c) Hacer claramente visibles las opciones de elegir entre diferentes grados de protección de la intimidad en cuanto a los accesos a los perfiles y d) dar de alta los perfiles de los menores de dieciocho años automáticamente en modo privado, de forma que sean accesibles sólo a los “amigos” e inaccesibles desde los buscadores, de manera que a las personas con malas intenciones les resulte más difícil ponerse en contacto con los jóvenes.

<sup>874</sup> Autoridades de protección de datos de 50 países... ob. cit., versión on line.

### **CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

Pero, quizás la acción más importante llevada a cabo por la Comisión, se encuentra en los programas Safer Internet, desde su lanzamiento en el año 1999, (primer Plan de Acción para una Utilización Ms Segura de Internet), se han sucedido diversos programas y estrategias a nivel comunitario para hacer de Internet un entorno más seguro, con particular atención hacia los usuarios menores de edad. Cada uno de los sucesivos programas, de tres o cuatros años de duración y con amplios presupuestos, ha desarrollado o subvencionado iniciativas y actividades tanto a nivel nacional como comunitarios<sup>875</sup>.

Pese a todo lo anterior, en abril de 2011, un Estudio de la Comisión Europea, reveló que el 77% de los jóvenes de la Unión entre 13 y 16 años y el 38% de entre 9 y 12 años tenían un perfil en alguna red social y adelantaba que las cifras eran lo suficientemente importantes como para revisar la aplicación de los “Principios Europeos para Redes Sociales más Seguras” y, por ende, los acuerdos existentes de autorregulación en este sector e invitaba a todos los operadores implicados a participar activamente en un foro de diálogo o plataforma de cooperación que deberían tomar como referente los citados principios<sup>876</sup>. Para ello, entre marzo y junio de 2011, se llevaron a cabo estudios por parte de los órganos comunitarios implicados sobre determinadas plataformas (fotos y videos compartidos, redes sociales, juegos en línea, mundos virtuales) con la intención de comprobar el grado de cumplimiento de los mencionados principios y sus resultados fueron demoledores. De nueve

---

<sup>875</sup> El Plan para 2009-2013, recogido en la Decisión nº 1351/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (Safer Internet), con una dotación de 55 millones de euros está destinado a mejorar la seguridad de los niños en el entorno en línea, y gira alrededor de dos objetivos: profundizar en el conocimiento de la manera en que los niños utilizan las nuevas tecnologías y determinar los riesgos a los que se exponen y luchar contra ellos. Se divide en cuatro líneas de acción: sensibilizar a la población especialmente a niños, padres y educadores.; reducir los contenidos ilícitos y hacer frente a los comportamientos nocivos en línea. Por ejemplo abusos sexuales, las prácticas de acoso electrónico y la manipulación psicológica con fines de abuso sexual (grooming); promover una mayor seguridad en el entorno en línea. Estas actividades tienen por objeto fomentar las iniciativas de autorregulación y co-regulación entre las partes interesadas. Tienden asimismo, a estimular la participación de los niños para crear un entorno en línea más seguro, establecer una base de conocimientos que albergará los usos conocidos y emergentes que hacen los niños del entorno en línea, así como los riesgos y consecuencias inherentes a estos usos y se establecerá en cooperación con especialistas en el ámbito de la seguridad de los niños en línea a escala europea.

<sup>876</sup> IP/11/479.Bruselas, 18 de abril de 2011.

plataformas que albergaban redes sociales en las que se ofrecía a los menores información sobre condiciones de uso adaptadas a ellos, únicamente dos estaban configuradas de manera que el perfil de los menores sólo se mostraba a su lista de contactos<sup>877</sup>. En todos los demás casos, los menores podían recibir solicitudes de cualquier persona para sumarlos como amigos a sus perfiles, lo que significaba que eran públicos y podían ser vistos por cualquiera, de tal forma, que tenían acceso a datos como su dirección o teléfono. Consecuencia de ello y con el fin de garantizarles un acceso seguro a Internet, en septiembre de 2011, la Comisión Europea ha presentado un Informe en el que se analiza la forma en la que los Estados miembros aplican las Recomendaciones 98/560/CE, de 24 de septiembre y 2006/952/CE, de 20 de diciembre<sup>878</sup>. En él, se concluye la insuficiencia de ambas recomendaciones debido a la disparidad de enfoques ofrecidos por los Estados miembros, al utilizar diferentes sistemas de clasificación por edades y medios para controlar que determinados sitios de web o juegos sean los adecuados a ciertas edades, y se propone adoptar medidas encaminadas al control de contenidos nocivos e ilícitos, con una política de sensibilización sobre los riesgos de las redes sociales, preservando la intimidad e informando sobre las formas de reducirlos hasta el establecimiento homogéneo de clasificaciones y sistemas por edades donde quedarían incluidos los Códigos de conducta<sup>879</sup>. Finalmente, se destaca la incapacidad de los operadores para cubrir de modo eficaz y coherente todos y cada uno de los potenciales riesgos que se presentan, instando a los Estados miembros a extender el uso de la llamada “configuración de la privacidad por defecto” para los niños que se incorporan a las redes sociales.

A pesar de la falta de plena seguridad en la privacidad y con el fin de buscarla, en mayo de 2012, la Comisión Europea comunica la presentación de un plan destinado a ofrecer a los niños las competencias y herramientas digitales que necesitan para beneficiarse plenamente y de forma segura del mundo digital. La nueva estrategia

---

<sup>877</sup> [http://: www.europea.eu](http://www.europea.eu). Agenda Digital: las redes sociales pueden hacer mucho para proteger la vida privada de los menores. Informe de la Comisión (IP711/1124). Este informe es complementario del IP/11/762.

<sup>878</sup> DO L 270 de 7/10/98 y DO L 378, de 27712/2006 respectivamente.

<sup>879</sup> IP/11/1026. Publicado el 30/09/2011 en <http://: www.europea.eu>.

### **CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

aspira a crear un mercado de contenidos educativos, creativos e interactivos en línea, mediante una asociación entre la Comisión Europea y los Estados miembros, los operadores de telefonía móvil, los fabricantes de terminales y los proveedores de servicios de redes sociales<sup>880</sup>.

De todo ello, se puede concluir que si bien la UE ha contribuido mediante el desarrollo de todos los mecanismos a su alcance notablemente a la construcción de un entorno en Internet más seguro para los niños y adolescentes. Sin embargo, se echa de menos la existencia de instrumentos específicos para los menores de edad. Así como una legislación europea en la que se detalle y concrete en mayor medida qué ha de entenderse por contenido perjudicial para los menores, concepto clave en la regulación protectora de los servicios lineales.

#### **6.2.2. Los primeros pasos hacia una regulación**

Los primeros pasos de la regulación de datos personales surgen en el año 1970 con la primera Ley General de protección de datos de Europa en el Länder alemán de Hesse que regulaba el tratamiento automatizado de datos personales indicando claramente el origen de la preocupación por la privacidad de los ciudadanos<sup>881</sup>. Sin embargo, el primer país que promulgó una ley nacional de protección de datos fue Suecia con la Ley nº 289. Posteriormente, la República Federal alemana el 27 de enero

---

<sup>880</sup> Comunicado de prensa de la Comisión Europea publicado el 2 de mayo de 2012 por la Vicepresidenta de la Comisión Europea Neelie Kroes, quien ha declarado: *“Estoy de acuerdo con que todos los niños estén conectados. Pero considero que necesitan herramientas sencillas, transparentes y coherentes en Internet, así como conocimientos y competencias para utilizarlas. Nuestra iniciativa agrupa a todas las instancias implicadas, de manera que los menores puedan obtener los servicios, la protección y los contenidos de calidad que necesitan para disfrutar de una experiencia positiva en Internet”*. Consultar en <http://www.europa.eu>.

<sup>881</sup> El primer pronunciamiento del TJUE relativo a la protección de datos fue el caso Stauder, de 12 de noviembre de 1969, en que el TJUE inicia la construcción de su jurisprudencia sobre derechos fundamentales y resuelve una cuestión prejudicial sobre la Decisión de la Comisión que exigía la presentación de una cartilla con el nombre del consumidor que quisiese beneficiarse de una reducción en el precio de compra de la mantequilla. El ciudadano alemán Stauder entendió que la obligación de revelar su identidad para obtener tal beneficio representaba una violación de su derecho constitucional a la dignidad humana y una discriminación injustificada.

de 1977 aprobó la Ley de Protección de Datos y por último le sigue Francia con la Ley 78-17 de 6 de enero de 1978 de Informática, Ficheros y Libertades. Ahora bien, el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante que reguló la protección de datos en todos los estados que la suscribieron, es el Convenio nº 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, más conocido como el Convenio 108, cuyo objetivo es garantizar que el tratamiento de los datos personales respetando los derechos y libertades fundamentales de cualquier individuo, y de manera muy particular, el derecho a la intimidad. En noviembre de 2001, ha sido completado con el Protocolo Adicional sobre Autoridades de Control y Transferencias Internacionales<sup>882</sup>.

### **6.2.3. El marco normativo vigente en materia de protección de los datos personales**

Por la UE, la piedra angular de la legislación vigente en materia de protección de datos (hasta el Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016), ha sido la Directiva general 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, complementada con la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal.

Los aspectos clave de la citada Directiva comunitaria en materia de protección de datos son: El establecimiento del principio de calidad de los datos, de tal forma que los datos personales deben ser adecuados, pertinentes y no excesivos, conforme a la finalidad para la que serán tratados. Se impone como principio básico y esencial para el tratamiento de datos personales, la existencia del consentimiento previo y explícito

---

<sup>882</sup> TÉLLEZ AGUILERA, A., *Nuevas Tecnologías. Intimidad y Protección de Datos*, Edisofer SL, Madrid, 2001, p. 152.

### **CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

del interesado, que ha de ser informado antes de que proceda a dicho tratamiento. Se requiere a los Estados que establezcan la obligación de conciliar el derecho a la intimidad en el tratamiento de los datos personales con el derecho a la libertad de expresión. Se establecen como principios básicos de los ciudadanos los derechos ARCO en relación a sus datos personales. Se incorpora como principio básico la garantía de confidencialidad, así como la obligación de implantar las medidas de seguridad oportunas que garanticen que el acceso a la información se encuentra limitado y controlado. Se enuncian los principios básicos para la creación de las Autoridades Nacionales de Protección de Datos. Se fijan las bases de las transferencias internacionales de datos personales. Se promueve la elaboración de Códigos de conducta sectoriales, destinados a contribuir a la correcta aplicación de las disposiciones nacionales en materia de protección de datos personales, y por último, se crea el Grupo de Trabajo del Artículo 29, institución de referencia en esta materia de Protección de Datos<sup>883</sup>.

Cabe decir, que con la mencionada Directiva se produjo una evolución fundamental en todos los Estados miembros de la UE, al tener la obligación de transponer a su derecho nacional una norma específica, consiguiéndose con ello un objetivo claro de armonización real, efectivo y fijándose el estándar de los motivos que pueden justificar el tratamiento legítimo de datos de carácter personal para todos los Estados miembros de la UE<sup>884</sup>.

---

<sup>883</sup> Se trata de un órgano consultivo independiente compuesto por: representantes de las autoridades nacionales de protección de datos de los Estados miembros, representantes del Supervisor Europeo de Protección de datos (SEPD) y un representante de la Comisión; que elabora Recomendaciones, Dictámenes y Documentos de trabajo; la Comisión desempeña funciones de secretaría del Grupo.

<sup>884</sup> A este respecto vid. la STJUE (Sala Tercera) de 24 de noviembre de 2011 sobre: "*Tratamiento de datos personales-Directiva 95/46/CE-art. 7, letra f)-Efecto directo*" en los asuntos acumulados C468/10 Y C469/10, que tiene por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al art. 267 TFUE, por el T S (España), mediante resoluciones de 15 de julio de 2010, recibidas en el Tribunal de Justicia el 28 de septiembre de 2010, en los procedimientos entre Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) (asunto C468/10), Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEMD) (asunto C469/10) y la Administración del Estado. En ella se declara que el art. 7, letra f), de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que, para permitir el tratamiento

Con posterioridad, se han aprobado una serie de Directivas específicas como fueron la Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones, derogada por la Directiva 2002/58/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y finalmente la Directiva 2009/136/CE, de 25 de noviembre del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre, relativa al servicio universal que modificó varias directivas del sector de las telecomunicaciones y en concreto la anterior .

Otra Directiva que también merece especial mención en esta materia, es la 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de julio de 2000, relativa a determinados particulares jurídicos sobre los servicios de la Sociedad de la Información, de la que nacen los Códigos de Conducta<sup>885</sup>, siendo transpuesta a nuestro ordenamiento por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información, refiriéndose expresamente a estos Códigos pero en relación a los menores de edad en su art. 18.2, expresa que *“Cuando su contenido pueda afectarles, los códigos de conducta tendrán especialmente en cuenta la protección de los menores y de la dignidad humana, pudiendo elaborarse, en caso necesario, códigos específicos sobre estas materias”*.

Por otra parte, la Constitución Europea aprobada por unanimidad el 18 de junio de 2004 por los Jefes de Estado o de Gobierno de los veinticinco (25) estados

---

de datos personales necesarios para la satisfacción del interés legítimo o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, exige, en el caso de que no exista el consentimiento del interesado, no sólo que se respeten los derechos y libertades fundamentales de éste, sino además que dichos datos figuren en fuentes accesibles al público, excluyendo así de forma categórica y generalizada todo tratamiento de datos que no figuren en tales fuentes, tal y como hace la LOPD española. Además, afirma que el art. 7, letra f), de la Directiva 95/46 tiene efecto directo.

<sup>885</sup> Considerando 49 *“Los Estados miembros y la Comisión fomentará la elaboración de Códigos de conducta; ello no irá en perjuicio del carácter voluntario de dichos códigos ni de la posibilidad de que las partes interesadas decidan libremente sin adhesión a los mismos”*.

### CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

---

miembros que formaban la UE en aquel momento, también recoge la protección de datos de carácter personal en sus arts. I-51<sup>886</sup> y II-68<sup>887</sup>.

Pero además de todo lo anterior, se debe tener en cuenta la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de fecha 7 de diciembre de 2000 la cual consagra en su art. 8 como derecho fundamental la protección de datos de carácter personal, si bien no tuvo un efecto jurídico pleno y vinculante hasta el 1 de diciembre de 2009, fecha de entrada en vigor del Tratado de Lisboa o más propiamente expresado, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) que consagra como principio en su art. 16.1<sup>888</sup> que “*Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales*”. Además, en su apartado 2, introduce una base jurídica específica para la adopción de normas relativas a la protección de datos de carácter personal.

En definitiva, la rápida evolución tecnológica ha supuesto nuevos retos para la protección de los datos personales, que ha llevado al Consejo de Europa a invitar a la Comisión a evaluar el funcionamiento de los instrumentos de la UE en materia de protección de datos y a presentar, en caso necesario, nuevas iniciativas legislativas y no legislativas. Y así, en su resolución sobre el Programa de Estocolmo, el Parlamento

---

<sup>886</sup> Art. I-51 “*Protección de datos de carácter personal: 1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. 2. La ley o ley marco europea establecerá las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y sobre la libre circulación de estos datos. El respeto de dichas normas estará sometido al control de autoridades independientes*”.

<sup>887</sup> Art. II-68 “*Protección de datos de carácter personal: 1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a obtener su rectificación. 3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente*”.

<sup>888</sup> Art. 16.1 “*Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. 2. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las normas sobre la protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y sobre la libre circulación de datos. El respeto de dichas normas estará sometido al control de autoridades independientes. Las normas que se adopten en virtud del presente art. se entenderán sin perjuicio de las normas específicas previstas en el art. 39 del Tratado de la Unión Europea*”.



Europeo acogió favorablemente un régimen general de protección de datos en la UE y, abogó entre otras cosas, por la revisión de la Decisión Marco. En su plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo, la Comisión subrayó la necesidad de garantizar que el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal se aplicara de forma coherente en el contexto de todas las políticas de la UE. Y en su Comunicación “Un enfoque global de la protección de los datos personales en la Unión Europea”<sup>889</sup>, concluyó que la UE necesita una política más integradora y coherente en materia del derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal. De ahí, que la vigente Directiva ha sido derogada por el Reglamento general de protección de datos europeo 2016/679, aprobado en fecha 27 de abril de 2016<sup>890</sup>.

No obstante, mi crítica en relación al tratamiento de los datos personales de los menores de edad, es la inexistencia de una normativa específica en la UE que haga referencia únicamente a la protección de este colectivo. Las Directivas 95/46/CE y 2002/58/CE no establecen ningún tipo de disposición especial dirigida a la protección de datos de los menores de edad, dejando a las regulaciones nacionales y de menor rango la adopción de medidas concretas al respecto y apostando por una autorregulación. Asimismo, pese al proceso de reforma y avance que conllevan el Reglamento y Directiva del Parlamento europeo, aún no se ha podido salvar la fragmentación en cómo se aplica en la Unión la protección de datos de carácter personal, la inseguridad jurídica y la percepción generalizada de la opinión pública de que existen riesgos significativos, especialmente por lo que se refiere a la actividad en línea<sup>891</sup>.

---

<sup>889</sup> COM/2010/0609 final-4 de noviembre de 2010 (No publicada en el Diario Oficial). Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al comité de las Regiones “Un enfoque global de la protección de los datos personales en la Unión Europea”.

<sup>890</sup>El Reglamento puede consultarse en: [www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf](http://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf).

<sup>891</sup> Euro barómetro especial (EB), Data Protection and Electronic Identity in the EU (Protección de datos e identidad electrónica en la UE, 2011): [http://ec.europa.eu/public\\_opinion/archives/ebs/ebs\\_359\\_enpdf](http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_359_enpdf).

**CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR,  
INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS  
TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

**6.2.4. El Reglamento general de protección de datos de la UE 2016/679, de 27 de abril de 2016**

En el nuevo y complejo entorno digital actual, tal como se analizaba en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo<sup>892</sup>, las normas vigentes no aportaban ni el grado de armonización requerido ni la eficacia necesaria para preservar el derecho a la protección de datos personales, motivo por el cual la citada Comisión europea propuso un marco europeo de protección de datos para el siglo XXI.

En ese sentido, según encuesta realizada en el Euro barómetro, la gran mayoría de las personas consideran que la comunicación de sus datos personales forma cada vez más parte de la vida moderna<sup>893</sup>. Concretamente en Europa, el 72% de los usuarios de Internet siguen preocupados ante la excesiva cantidad de datos personales que se solicita en línea<sup>894</sup> y tienen la sensación de haber perdido el control sobre sus datos personales, al no recibir información adecuada acerca de su destino, a quien se transmiten y con qué fines. Sirva de ejemplo el caso de un estudiante europeo suscrito a un servicio de red social que decide solicitar acceso a todos sus datos personales archivados en la red. Es entonces cuando se da cuenta de que esos datos son muchos más de los que había imaginado y de que algunos de ellos, que en teoría, habían sido suprimidos, se siguen conservando.

Por ello, la Comisión Europea, con el fin de establecer un marco moderno, más sólido, coherente y global en materia de protección de datos en la UE, con una aplicación estricta que permitiera el desarrollo de la economía digital en el mercado interior, que otorgase a los ciudadanos el control de sus propios actos y reforzase la

---

<sup>892</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. La protección de la privacidad en un mundo interconectado. Un marco europeo de protección de datos para el siglo XXI.COM (2012) 09 final. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal/52012DC0009>.

<sup>893</sup> Euro barómetro especial n.º 359, Actitudes hacia la protección de datos y la identidad electrónica en la Unión Europea, junio de 2011, p. 23.

<sup>894</sup> *Ibíd.*, apartado 54.

seguridad jurídica y práctica de los propios operadores económicos y las autoridades públicas, propuso una sola normativa para toda la UE que resistiera el paso del tiempo. Así, independientemente de cómo evolucionasen en el futuro la tecnología y el medio digital, la información personal de los ciudadanos de la UE estaría siempre segura y se respetaría su derecho fundamental a la protección de datos.

El nuevo marco jurídico europeo para la protección de datos personal, se ha configurado a través de la aprobación en fecha 25 de enero de 2012 de una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo (DEPD), relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y de una Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo (RGPD), relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos. Siendo publicados en fecha 27 de abril de 2016 en el DOUE ya como Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, y como Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, aunque su entrada en vigor será a los veinte días de su publicación (es decir, a partir del 25 de mayo de 2016) únicamente será aplicable a partir del 25 de mayo de 2018.

En cuanto al ámbito de aplicación del nuevo RGPD<sup>895</sup>, la Comisión Europea ha elegido como instrumento jurídico más apropiado para la nueva regulación de la protección de datos personales el reglamento y ello, por entender que ofrece mayor seguridad jurídica. Por consiguiente, el Reglamento europeo, “será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada estado miembro”, sin necesidad de transposición alguna, de manera que su aprobación desplazará a la legislación nacional y autonómica, tal como indica TRONCOSO REIGADA<sup>896</sup>, lo que conlleva derogar la normativa reglamentaria de desarrollo de la LOPD que resulte

---

<sup>895</sup> Vid. Considerando 10 del Reglamento. No obstante, es una cuestión controvertida la utilización de este instrumento jurídico.

<sup>896</sup> TRONCOSO REIGADA, A., “Hacia un nuevo marco jurídico europeo de la protección de datos personales”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 43, julio-septiembre 2012, pp. 25-184.

### **CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

incompatible con las cuestiones reguladas en el citado Reglamento y la Directiva 95/46/CE, si bien, deberán seguir en vigor las decisiones de la Comisión adoptadas y las autorizaciones dictadas por las autoridades de control sobre la base de la Directiva 95/46/CE. Respecto de las materias no reguladas en el Reglamento, se regirán por la legislación nacional siempre que no sean contrarias a los principios establecidos en aquél<sup>897</sup>. Asimismo, la legislación nacional presidirá cuando se traten datos en el ejercicio de actividades no comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la UE, por ejemplo política exterior o seguridad nacional<sup>898</sup>. Cabe recordar, que al igual que ya se ha regulado a nivel nacional, no debe aplicarse al tratamiento por una persona física de datos de carácter personal que sean exclusivamente personales o domésticos, como la correspondencia y la llevanza de un repertorio de direcciones, sin ningún interés lucrativo y, por tanto, sin conexión alguna con una actividad profesional o comercial. La exención tampoco se aplicará a los responsables o encargados del tratamiento que proporcionen los medios para tratar los datos personales relacionados con tales actividades personales o domésticas.

En relación a los menores, el Reglamento tampoco se refiere únicamente al tratamiento de datos personales de los menores de edad; tan sólo introduce un precepto específico en esta materia consecuencia de la regulación de otras cuestiones a lo largo de su articulado, pero partiendo siempre de ese principio de especial protección. En general, recoge criterios básicos sobre la protección de datos personales de menores que se venían apuntando en los últimos años y en particular, se centra en el consentimiento de este colectivo en relación con el tratamiento de sus datos personales en los servicios de la sociedad de la información.

---

<sup>897</sup> El Dictamen del Consejo Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Reglamento de 23 de mayo de 2012 (DOUE 31/7/2012) considera que se debería permitir a los Estados miembros adoptar, en su legislación nacional, disposiciones no incluidas en el Reglamento o más favorables que las previstas en el mismo, tal y como se recoge en los arts. 80 a 85 del Reglamento.

<sup>898</sup> El art. 2.4 del Reglamento dice, por otra parte, que deja a salvo la aplicación de la Directiva 2000/31/CE, sobre comercio electrónico, en particular, en lo relativo a la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación de conformidad con los arts. 12 a 15 de dicha Directiva.

### 6.2.5. El consentimiento del menor en el tratamiento de sus datos personales

El RGPD, define en su art. 4.11 con carácter general, en qué consiste el “consentimiento del interesado”. La problemática y crítica que surge en torno a dicho consentimiento es la redacción del citado precepto que permite concluir que sea siempre expreso y no tácito<sup>899</sup>. Con respecto a su validez y licitud se regula en sus arts. 6 y 7. De tal modo, que la carga de demostrar que el tratamiento se ha llevado a cabo con el consentimiento del interesado corresponde al responsable del tratamiento. En particular, en el contexto de una declaración por escrito efectuada sobre otro asunto, debe haber garantías de que el interesado es consciente de dar su consentimiento y en qué medida lo hace<sup>900</sup>.

---

<sup>899</sup> De esta forma el consentimiento sería únicamente expreso y en cambio, a diferencia de la regulación contenida en los arts. 7.3 y 2 de la LOPD, no se contempla los supuestos de consentimiento expreso (origen racial, salud y vida sexual), y consentimiento expreso y por escrito (ideología, afiliación sindical y creencias), para los datos especialmente Samaniego: [http:// Fja/2012/05/23/conclusiones-jornada-reglamento-pdatos-de-la-ue-de-la-apdcm/](http://Fja/2012/05/23/conclusiones-jornada-reglamento-pdatos-de-la-ue-de-la-apdcm/) “Jornada sobre el proyecto de Reglamento de la APDCM” de Luis Salvador Montero: <http://www.privacidadlogica.es/2012/05/22/jornada-sobre-el-proyecto-de-reglamento-por-la-apdcm/>. Tradicionalmente se usaba el sistema OPT-OUT, es decir, que la casilla venía directamente marcada (en la práctica se suele utilizar también para determinadas páginas web) cuando lo más lógico es un sistema OPT-IN en el que el particular pueda otorgar su consentimiento libremente.

<sup>899</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., Jornada sobre el Reglamento de Protección de Datos organizado por la extinta Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid: “Se apuesta por el Opt-in; no cabría el consentimiento tácito”. Resúmenes de este evento: “Conclusiones sobre la jornada del Reglamento de Protección de Datos de la UE organizado por la APDCM” de F. J. SEMPERE SAMANIEGO: [http:// Fja/2012/05/23/conclusiones-jornada-reglamento-pdatos-de-la-ue-de-la-apdcm/](http://Fja/2012/05/23/conclusiones-jornada-reglamento-pdatos-de-la-ue-de-la-apdcm/) “Jornada sobre el proyecto de Reglamento de la APDCM” de L. SALVADOR MONTERO: <http://www.privacidadlogica.es/2012/05/22/jornada-sobre-el-proyecto-de-reglamento-por-la-apdcm/>. Tradicionalmente se usaba el sistema OPT-OUT, es decir, que la casilla venía directamente marcada (en la práctica se suele utilizar también para determinadas páginas web) cuando lo más lógico es un sistema OPT-IN en el que el particular pueda otorgar su consentimiento libremente.

<sup>900</sup> Art. 7. “1. Cuando el tratamiento se base en el consentimiento del interesado, el responsable deberá ser capaz de demostrar que aquel consintió el tratamiento de sus datos personales. 2. Si el consentimiento del interesado se da en el contexto de una declaración escrita que también se refiera a otros asuntos, la solicitud de consentimiento se presentará de tal forma que se distinga claramente de los demás asuntos, de forma inteligible y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo. No será vinculante ninguna parte de la declaración que constituya infracción del presente Reglamento. 3. El interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento. La retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada. Antes de dar su consentimiento, el interesado será informado de ello. Será tan fácil retirar el consentimiento como darlo. 4. Al evaluar si el consentimiento se ha dado libremente, se tendrá en cuenta en la mayor medida posible el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato”.

### CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

---

Ahora bien, cuando se trate de un menor de edad, la novedad en la Propuesta del Reglamento correspondía en primer lugar, a la definición de “niño” como toda persona menor de 18 años conforme con lo establecido en la Convención de la ONU, sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989<sup>901</sup>; pese a ello, el nuevo Reglamento en su considerando 38<sup>902</sup> ha eliminado tal referencia. Y en segundo lugar, al art. 8, que se dedica específicamente al tratamiento de los datos personales de los niños en relación con la oferta directa de servicios de la sociedad de la información. De tal manera, que su apartado 1<sup>o</sup>, establece que el tratamiento de los datos personales relativos a los niños menores de 16 años solo será lícito si el consentimiento ha sido dado o autorizado por el padre o tutor del niño<sup>903</sup>. En la propuesta de Reglamento se refería a los menores de 13 años<sup>904</sup> y daba a entender que, a efectos del

---

<sup>901</sup> Considerando 29 “Los niños merecen una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos en relación con el tratamiento de datos personales. Con el fin de determinar cuándo se considera que una persona es un niño, el presente Reglamento debe asumir la definición establecida en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño”.

<sup>902</sup> Considerando 38. “Los niños merecen una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos personales. Dicha protección específica debe aplicarse en particular, a la utilización de datos personales de niños con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario, y a la obtención de datos personales relativos a niños cuando se utilicen servicios ofrecidos directamente a un niño. El consentimiento del titular de la patria potestad o tutela no debe ser necesario en el contexto de los servicios preventivos o de asesoramiento ofrecidos directamente a los niños”.

<sup>903</sup> Art. 8. “1 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. 2. 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. 3. El apartado 1 no afectará a las disposiciones generales del Derecho contractual de los Estados miembros, como las normas relativas a la validez, formación o efectos de los contratos en relación con un niño”.

<sup>904</sup> Art. 8. Propuesta del Reglamento. “1. A efectos del presente Reglamento, en relación con la oferta directa de servicios de la sociedad de la información a los niños, el tratamiento de los datos personales relativos a los niños menores de 13 años solo será lícito si el consentimiento ha sido dado o autorizado por el padre o tutor del niño. El responsable del tratamiento hará esfuerzos razonables para obtener un consentimiento verificable, teniendo en cuenta la tecnología disponible. 2. El apartado 1 no afectará a las disposiciones generales del Derecho contractual de los Estados miembros, como son las normas en materia de validez, formación o efectos de los contratos en relación con un niño. 3. La Comisión estará facultada para adoptar actos delegados, de conformidad con lo dispuesto en el art. 86, a fin de especificar los criterios y condiciones aplicables a los métodos de obtención del consentimiento verificable contemplados en el apartado 1. Para ello, la Comisión se planteará la adopción de medidas específicas para las microempresas, las pequeñas y medianas empresas. 4.

consentimiento de los menores, se diferenciaba el mundo on line del real porque establecía el límite de los 13 años solo cuando se trataba de “oferta directa de servicios de la sociedad de la información”, con lo que se podía llegar a la absurda conclusión de estar ante un consentimiento de los menores hasta 18 años ligado a lo que dispone el CC en el mundo físico, y en cambio, en Internet se consentiría a partir de los 13 años. Para evitar tal confusión, la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo (LIBE), había eliminado el término “de la sociedad de la información”. Por consiguiente, la edad de 13 años era aplicable cuando se trataba de “oferta de bienes y servicios dirigidos a los menores”, cuestión bastante lógica ya que suponía igualar los dos “mundos” como acertadamente ha señalado JAVIER SEMPERE<sup>905</sup>. Pese a lo manifestado, el actual art. 8.1 introduce nuevamente en su redacción “*oferta directa a niños de servicios de la sociedad de la información*”. Por otra parte, SEMPERE SAMANIEGO<sup>906</sup> ha criticado las diferentes edades que se recogían en la Propuesta pues argumentaba que no entendía muy bien esa diferenciación de los 13 años para el consentimiento y por otra parte que la definición de menor abarcase hasta los 18 años, llegando a pensar si ello significaba que sería necesario 13 años para consentir y 18 para el ejercicio de los derechos ARCO, por tanto, abogaba por recoger solo la edad de los 13 o 14 años para el consentimiento y el resto de actos relativos a la protección de datos personales. Hay que decir, que con la recientísima aprobación del RGPD, desaparece la definición de menor y se establece únicamente una edad. Además, tal como manifiesta PIÑAR MAÑAS<sup>907</sup>, a partir de ahora, “Se acabaron en España con los conocidos derechos ARCO”, pues la normativa se referirá a los derechos de transparencia, información, acceso, rectificación, supresión, limitación del tratamiento, portabilidad de datos y oposición.

---

*La Comisión podrá establecer formularios normalizados para los métodos específicos de obtención del consentimiento verificable contemplados en el apartado 1. Dichos actos de ejecución se adoptarán con arreglo al procedimiento de examen contemplado en el art. 87, apartado 2”.*

<sup>905</sup> JAVIER SEMPERE, F., Artículo de fecha 9 de diciembre de 2013, “Reglamento Protección de datos de la UE: el consentimiento de los menores”, publicado en <http://privacidadlogica.es>.

<sup>906</sup> SEMPERE SAMANIEGO, ob. cit., p. 129.

<sup>907</sup> En Jornadas Enatic sobre el Nuevo Reglamento Europeo de protección de datos disponible en <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/11047-el-nuevo-reglamento-europeo-de-proteccion-de-datos:un-texto-complejo-que-abre-nuevas-perspectivas-profesionales-a-la-abogacia>.



### CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

---

En cuanto a las razones que llevaban a establecer el límite en los 13 años eran porque tenía en cuenta la normativa americana y no la española (14 años). En relación a la fijación de un límite de edad, han existido opiniones doctrinales totalmente opuestas. Mientras SEMPERE SAMANIEGO<sup>908</sup> considera que establecer una edad del tratamiento de datos de menores, sea cual fuere, suponía dar seguridad jurídica a los responsables y encargados, en cambio, PEDRO GRIMALT, con ocasión del SIRCAM celebrado en Murcia<sup>909</sup>, entiende que debería acudirse a las normas del derecho civil que se decantan por la madurez del menor en vez de establecer una edad. En similar dirección, otros Reglamentos de Protección de Datos, como el de Perú<sup>910</sup> o México<sup>911</sup> han fijado la edad del consentimiento en 14 años, probablemente influidos por la normativa española. En cualquier caso, ni el Grupo del Art. 29 ni el Supervisor Europeo de Protección de Datos, han analizado en sus Informes si la edad debe ser “13” o “14” u otra. Quien sí ha elaborado un Informe<sup>912</sup> es la European Consumer Association, por estimar que podían existir problemas a la hora de cumplir con la obligación del consentimiento parental, ya que la edad de 13 años podía ser contraria a las normas generales de cada país que regulaban la capacidad de los menores de edad para contratar, y había incidido en que una cosa era el tratamiento de datos de un menor de 13 a 18 años para participar, por ejemplo, en un concurso y otra contratar. El problema surgía cuando de ese tratamiento se podía derivar la firma de

---

<sup>908</sup> SEMPERE SAMANIEGO, ob. cit., p. 92.

<sup>909</sup> SIRCAM es un foro Anual sobre la Sociedad de la Información organizado por la Región de Murcia, y de la que es impulsor su Universidad.

<sup>910</sup> Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales del Perú 3/2013, Art.27 “*Para el tratamiento de los datos personales de un menor se requerirá el consentimiento de los titulares de la patria potestad o tutores según corresponda*”. Art. 28 “*Podrá hacerse tratamientos de datos personales de los mayores de 14 años y menores de 18 años con su consentimiento, siempre que la información proporcionada haya sido expresada en un lenguaje comprensible por ellos, salvo en los casos que la ley exija para su otorgamiento la presencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En ningún caso, el consentimiento para el tratamiento de los datos personales de los menores de edad podrá otorgarse para que accedan a actividades, vinculadas con bienes o servicios que están restringidos para los mayores de edad*”.

<sup>911</sup> Reglamento de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, de 21 de diciembre de 2011. Art. 89 in fine “*Para el ejercicio de los derechos ARCO de datos personales de menores de edad o de personas que se encuentren en estado de interdicción o incapacidad establecida por ley, se estará a las reglas de representación dispuestas en el Código Civil Federal*”.

<sup>912</sup> Dictamen de la European Consumer Association. Position Paper, p. 16, <http://www.beuc.org/BEUCNoFrame/Docs/2/EMCCOKNDDMCAHGPOAJPLPKIGPDWY9D1AY9DW3571KM/BEUC/docs/DLS/2012-00531-01-E.pdf>



un contrato, como puede ser la instalación de un Apps en su teléfono móvil, ya que la aceptación de las diferentes cláusulas de la respectiva Apps deriva en la firma aunque virtual de un contrato. Añadía que habría que diferenciar la legitimación parental<sup>913</sup> del posible control de tratamiento de datos, pues podría ser excesivo, y en último lugar, mantenía que no se debía dejar a la Comisión el desarrollo de este precepto, ya que dada su importancia debería recogerse en la citada Propuesta las formas para recabar el consentimiento parental. Según apunta LÓPEZ CALVO<sup>914</sup>, con el nuevo RGPD en muchos casos la prestación del consentimiento se va a asemejar mucho a un contrato de adhesión sin margen de negociación para los particulares.

En lo que respecta a los mecanismos de verificación de edad establecidos para comprobar la edad, en la práctica se ha demostrado que ninguno de ellos es fiable, salvo el DNI electrónico que en España ya es posible, en virtud del RD 869/2013 que modifica el RD 1553/2005 de 23 de diciembre por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica. Concretamente, en su art. 1.4 párr. segundo, se prevé que el documento de identidad de los menores contendrá una identificación electrónica, para la que se activará un certificado de autenticidad. Con ello, los proveedores de servicios en Internet tienen una herramienta -no la única- que les permite cumplir con la obligación de verificar la edad de los menores. De acuerdo con esto, el Informe de la Comisión Europea sobre soluciones de verificación de edad elaborado a propósito del Fórum sobre un Internet más seguro, expone diferentes métodos de verificación on line<sup>915</sup> como pueden ser, por ejemplo, la auto-certificación o auto-declaración (el usuario es el que dice que tiene la edad correspondiente); el uso de tarjetas de crédito o débito (se pueden utilizar para esta finalidad si bien en el caso de menores es dudoso que las posean); las tarjetas de identidad electrónica (eID), que son las tarjetas con chip, que incorporan certificados electrónicos o firma digital, como el DNI electrónico, que es obligatorio a partir de los 14 años; en este caso, su rápida implementación y su

---

<sup>913</sup> Sobre el papel de los padres y más concretamente, referido al control parental- monitorización por parte de los padres del uso del ordenador que hacen los menores- interesante la postura defendida por Noemí Brizo Izquierdo en el II Congreso Nacional de Privacidad organizado por la Asociación Profesional Española de Privacidad, celebrado el 13 y 14 de junio de 2013 en Madrid, que puso en duda incluso la legalidad del mismo ya que puede afectar al libre desarrollo de la personalidad del menor.

<sup>914</sup> En Jornadas Enatic sobre el Nuevo Reglamento Europeo, ob. cit., p. 2.

<sup>915</sup>“Verificación de la edad en Internet” de S. BERNELL en <http://ticyprivacidad.es/2011/02/10/verificacion-de-edad-en-internet/>.

**CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR,  
INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS  
TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

fiabilidad es una ventaja, pero el inconveniente es el exceso de información y la necesidad de lectores adicionales (no todos los menores lo tienen y en su caso incorpora funcionalidades limitadas); el análisis semántico (es un método que determina la edad mediante frases y palabras más comúnmente utilizados por los menores); los números de Seguridad Social e identificadores nacionales (cabe recordar que en España no es obligatorio el DNI para los menores de 14 años); la biometría (el uso de la tecnología que por medio de la captura de huellas digitales, medición de la densidad de los huesos, las exploraciones de iris y otras diferencias biológicas, es capaz de determinar la edad de los usuarios, al menos dentro de un cierto rango) y la verificación off line, el control físico y control de los padres (este sistema conlleva que el usuario se presente físicamente para la comprobación de edad y contrastar con documentación o identificadores como el DNI, es un método comúnmente utilizado por los operadores móviles en el punto de venta para dispositivos móviles).

Prosiguiendo con el análisis del citado art. 8 de la Propuesta del Reglamento, en concreto sus apartados 3 y 4, la Comisión se reservaba la facultad de adoptar actos delegados, para especificar los criterios y condiciones aplicables a los métodos de obtención del consentimiento verificable. Al efecto, se plantearía la adopción de medidas específicas para las microempresas, las pequeñas y medianas empresas, así como establecer formularios normalizados para los métodos específicos de obtención del consentimiento verificable. En la actualidad, no hay ningún sistema que pueda garantizar esa verificación en la recogida de datos vía on line, por lo que el responsable se encuentra en situación de indefensión. Quizás la forma más segura sea poder descargar un formulario de la página web a través del cual se pueda prestar y facilitar su consentimiento mediante envío con una copia DNI de los padres o tutores por correo electrónico. Finalmente, tales apartados han sido eliminados del art. 8 del RGPD.

Por otra parte, el nuevo Reglamento, en lo concerniente a la forma de obtener el consentimiento se condiciona teniendo en cuenta el estado de la tecnología, es decir, se introduce el principio de calidad de los datos personales para no recabar aquellos que no sean necesarios para la finalidad para la cual se recogen. También se añade que la información facilitada a los niños, padres o tutores a la hora de obtener el consentimiento y recabar los datos personales, sea sencilla y comprensible, especificación que, a su vez, ya había recogido la Propuesta del Reglamento en su considerando 46 (39 y 58 en el RGPD). El catálogo de los mecanismos citados, corresponde al “European Data Protection Board” (denominado Consejo Europeo de Protección de Datos o CEPD), pero limitando su actividad, ya que únicamente ofrecerán recomendaciones, buenas prácticas o guías al efecto. Es decir, se pasa de una especie de regulación de estos mecanismos, vía Comisión, a una labor consultiva a realizar por el CEPD, pero sin perder de vista la aplicación del principio de confianza legítima.

Por todo lo expuesto, cabe concluir que, si bien la Propuesta del Reglamento se decantaba por buscar una edad fijada en 13 años para todos los países de la UE, con el fin de dar uniformidad y seguridad jurídica a los responsables y encargados de las distintas redes sociales, el nuevo Reglamento eleva el límite a los 16 años y da libertad a los Estados miembros para establecer por ley otra edad siempre que esta no sea inferior a 13 años. Consecuentemente, nuestra actual normativa (art. 13 del RDL0D o el art 1.4 del RD 869/2013) podrá ser aplicable sin más, toda vez que su límite está en los 14 años, o bien, elevar el límite hasta los 16 años, con la correspondiente reforma de las citadas normas. Con ello, evita ahondar aún más si cabe en la ya actualmente existente cuestión espinosa cual es la de ceder la determinación de la madurez en favor de la edad como medida de seguridad jurídica. Ahora bien, a la vista de las expectativas generadas por la citada norma, considero que ha sido poco ambiciosa en relación a los menores de edad, pues debería haber extendido su ámbito de aplicación a otras cuestiones más allá del citado art. 8; definiendo los mecanismos de control que podrían aplicar los encargados y responsables del tratamiento para asegurar una

### CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

---

navegación segura de los menores e incidiendo aún más en el principio del deber de información de los responsables del tratamiento, de tal manera que el menor de edad reciba una información suficiente en el tratamiento de sus datos, y no insuficiente, como en la práctica está ocurriendo en los diferentes países de la UE, de forma discordante e incorrecta en muchas ocasiones por parte de los responsables y encargados del tratamiento.

#### **6.2.6. Otras medidas dirigidas a la protección del menor. El derecho al olvido**

En relación al menor de edad, una de las medidas incluidas en el citado Reglamento es “la licitud en el tratamiento de los datos”. Así en su art. 6 establece uno de los supuestos en los que es lícito el tratamiento *“Cuando sea necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de los datos personales, en particular, cuando el interesado sea un niño”* y lo desarrolla en el considerando 47<sup>916</sup>. En estos casos, normalmente prevalece la protección del menor, debiendo en consecuencia ampararse el tratamiento de sus datos para que sea lícito en alguno de los otros casos previstos en el citado art. 6.

---

<sup>916</sup> Considerando 47. *“El interés legítimo de un responsable del tratamiento, incluso el de un responsable al que se puedan comunicar datos personales, o de un tercero, puede constituir una base jurídica para el tratamiento, siempre que no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades del interesado, teniendo en cuenta las expectativas razonables de los interesados basadas en su relación con el responsable. Tal interés legítimo podría darse, por ejemplo, cuando existe una relación pertinente y apropiada entre el interesado y el responsable, como en situaciones en las que el interesado es cliente o está al servicio del responsable. En cualquier caso, la existencia de un interés legítimo requeriría una evaluación metódica, inclusive si un interesado puede prever de forma razonable, en el momento y en el contexto de la recogida de datos personales, que pueda producirse el tratamiento con tal fin. En particular, los intereses y los derechos fundamentales del interesado podrían prevalecer sobre los intereses del responsable del tratamiento cuando se proceda al tratamiento de los datos personales en circunstancias en las que el interesado no espere razonablemente que se realice un tratamiento ulterior. Dado que corresponde al legislador establecer por ley la base jurídica para el tratamiento de datos personales por parte de las autoridades públicas, esta base jurídica no debe aplicarse al tratamiento efectuado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones. El tratamiento de datos de carácter personal estrictamente necesario para la prevención del fraude constituye también un interés legítimo del responsable del tratamiento de que se trate. El tratamiento de datos personales con fines de mercadotecnia directa puede considerarse realizado por interés legítimo”*.

Otra medida es la “transparencia”, de manera que la información y comunicación que el responsable del tratamiento de datos personales facilite al usuario debe ser transparente, utilizar un lenguaje sencillo, claro y adaptado al interesado y en particular para cualquier información dirigida específicamente a los niños (art. 12.1<sup>917</sup> y considerando 58<sup>918</sup>). De modo que, en el caso de la información dirigida a los menores debe facilitarse en un lenguaje adaptado a sus posibilidades de comprensión como ya se recogía en la Exposición de Motivos de la Propuesta del Reglamento<sup>919</sup>, dimanante a su vez de la Resolución de Madrid 2009 sobre la adopción de estándares internacionales<sup>920</sup>. Finalmente, el Grupo de Trabajo del Art. 29 en fecha 13 de marzo de 2013, ha aprobado el primer Dictamen conjunto sobre la privacidad en las aplicaciones móviles<sup>921</sup>.

---

<sup>917</sup> Art. 12.1 “El responsable del tratamiento tomará las medidas oportunas para facilitar al interesado toda información indicada en los artículos 13 y 14, así como cualquier comunicación con arreglo a los artículos 15 a 22 y 34 relativa al tratamiento, en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo, en particular cualquier información dirigida específicamente a un niño. La información será facilitada por escrito o por otros medios, inclusive, si procede, por medios electrónicos. Cuando lo solicite el interesado, la información podrá facilitarse verbalmente siempre que se demuestre la identidad del interesado por otros medios”.

<sup>918</sup> Considerando 58 “El principio de transparencia exige que toda información dirigida al público o al interesado sea concisa, fácilmente accesible y fácil de entender, y que se utilice un lenguaje claro y sencillo, y, además, en su caso, se visualice. Esta información podría facilitarse en forma electrónica, por ejemplo, cuando esté dirigida al público, mediante un sitio web. Ello es especialmente pertinente en situaciones en las que la proliferación de agentes y la complejidad tecnológica de la práctica hagan que sea difícil para el interesado saber y comprender si se están recogiendo, por quién y con qué finalidad, datos personales que le conciernen, como es en el caso de la publicidad en línea. Dado que los niños merecen una protección específica, cualquier información y comunicación cuyo tratamiento les afecte debe facilitarse en un lenguaje claro y sencillo que sea fácil de entender”.

<sup>919</sup> Propuesta de Reglamento de Protección de Datos, “El art. 11 introduce una obligación para los responsables del tratamiento de ofrecer información transparente y de fácil acceso y compromiso, inspirada especialmente en la Resolución de Madrid relativa a estándares internacionales sobre protección de datos personales y privacidad”, p. 9.

<sup>920</sup> Estándares Internacionales sobre Protección de Datos Personales y Privacidad. Resolución de Madrid. [http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/conferencias/common/pdfs/31conferencia\\_internacional/estandares\\_resolucion\\_Madrid\\_es.pdf](http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/conferencias/common/pdfs/31conferencia_internacional/estandares_resolucion_Madrid_es.pdf).

<sup>921</sup> El Dictamen destaca que no todas las aplicaciones informan adecuadamente sobre el tipo de datos que la aplicación puede procesar y con qué fines. En este sentido, un reciente estudio refleja que sólo el 61% de las 150 aplicaciones más descargadas cuenta con una política de privacidad. En lo atinente al consentimiento, que constituye la base jurídica para permitir que una empresa trate los datos personales del usuario, las autoridades subrayan que a menudo este se reduce a una casilla de verificación que indica que el usuario acepta los términos y condiciones aplicables, sin ofrecer una opción que permita rechazarlas. Según un estudio realizado por GSMA, al 92% de los usuarios de apps les gustaría que se les ofreciese la opción de elegir a qué funciones de su terminal puede acceder la aplicación y a cuáles no. Los usuarios deben poder controlar sus propios datos personales. Por ello, los desarrolladores de aplicaciones deben proporcionar información suficiente sobre los datos que van a tratar antes de hacerlo, de forma que puedan obtener un

### CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

---

Por otra parte, otras medidas a destacar son “las basadas en la elaboración de perfiles” (art. 22), y si bien no se hace referencia expresa a los menores, sin embargo, en el considerando 71 se señala que, para los supuestos excepcionales en que pueden admitirse estas medidas, en ningún caso deberán afectar a un menor. Asimismo, los llamados “Códigos de conducta” (art. 40. 2. g), los cuales, entre los diferentes sectores de tratamiento de datos, deberán tener en cuenta las características específicas y relativas a la información y protección de los niños. También, las “Campañas de sensibilización por las autoridades de control” (art. 57.1 b), que ya se venían aplicando en nuestro país con el fin de obtener mayor sensibilización de los ciudadanos y en concreto las dirigidas específicamente a los menores de edad.

Finalmente, la medida que más impacto ha causado en las redes sociales es “el derecho de supresión” (el derecho al olvido), que en el Reglamento pasa a denominarse únicamente “el derecho a la supresión de datos” conforme al cual el responsable debe abstenerse a darles más difusión, especialmente en el caso de los datos proporcionados cuando el interesado sea un niño (art. 17)<sup>922</sup>. El considerando

---

consentimiento válido. El documento puntualiza que el usuario no debe enfrentarse a una pantalla cuya única opción es la de “Sí, acepto”. También debería mostrarse un botón que permitiera cancelar la instalación. Además, el usuario tiene que poder conocer a qué información va a acceder el desarrollador de la *app* antes de instalarla. En este sentido, los fines del tratamiento de esos datos tienen que estar bien definidos y deben ser comprensibles para un usuario medio, excluyéndose los cambios repentinos en las condiciones del servicio. El Dictamen destaca que el hecho de hacer clic en el botón ‘Instalar’ no implica necesariamente un consentimiento válido para el tratamiento de datos personales si no va acompañado de suficiente información, tanto sobre las condiciones de ese tratamiento como sobre el hecho de que al pulsar ‘Instalar’ se presta el consentimiento para tratar los datos en esas condiciones.

<sup>922</sup> Art. 17. 1. “El interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo; b) el interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento de conformidad con el artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), y este no se base en otro fundamento jurídico; c) el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 1, y no prevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento, o el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 2; d) los datos personales hayan sido tratados ilícitamente; e) los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal establecida en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento; f) los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información mencionados en el artículo 8, apartado 1”.

63 hace referencia a datos que se otorgaron cuando el titular no era plenamente consciente de los riesgos que implicaba el tratamiento. Tal precepto ha sido criticado por ARTEMI RALLO<sup>923</sup> quien apuntaba que el art. 8 de la Propuesta del Reglamento ya otorgaba un método específico al tratamiento de los datos de los niños menores de 13 años, con lo que, desde el punto de vista estrictamente jurídico, obligaría a diferenciar el régimen de cancelación de datos en función de que éstos hubieran sido facilitados siendo niños o adultos, con lo cual o bien se estaría minorando la protección debida a los adultos, o bien se estaría duplicando las garantías ya previstas para los menores<sup>924</sup>. Por su parte, JAVIER SEMPERE<sup>925</sup> reflexionaba sobre la situación paradójica que podría darse cuando el menor facilitó datos sin conocer los riesgos y posteriormente, una vez adulto quiere eliminarlos, sobre todo cuando están publicados en Internet, en cuyo caso la empresa responsable tendría que reenviar la solicitud de borrado a otras que hayan utilizado esa información. Sin embargo, para ANDREU MARTÍNEZ<sup>926</sup>, con esta medida se ha protegido aún más las actuaciones realizadas por el menor antes de alcanzar la mayoría de edad y se evita con ello la generación de perfiles desde edad temprana.

Con relación a este derecho y aunque no se refiere a los menores de edad, es relevante la Sentencia del TJUE de fecha 13 de mayo de 2014<sup>927</sup>, en la cual surge el derecho al olvido no regulado expresamente en la Directiva vigente, de manera que cualquier persona tendrá derecho a solicitar del motor de búsqueda directamente la eliminación de los datos personales que pueden afectarles, aunque la información no haya sido eliminada por parte del editor de los contenidos, ni se haya solicitado su

---

<sup>923</sup> ARTEMI RALLO, L., *El derecho al olvido en Internet. Google versus España*, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2014, p. 46.

<sup>924</sup> En este mismo sentido, se pronuncia para justificar la enmienda de supresión de esta referencia a los niños en el art. 17.1 GDPR, el Proyecto de Informe, de 16 de enero de 2013, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo 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 elaborado por la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo por el Ponente Jan Philipp Albrecht.

<sup>925</sup> JAVIER SEMPERE, ob. cit., p. 1.

<sup>926</sup> ANDREU MARTÍNEZ, ob. cit., p. 58.

<sup>927</sup> Planteada por la AN en relación a la interpretación y aplicación de la Directiva 95/46/CE (sobre protección de datos personales) en el caso de Mario Costeja contra Google donde finalmente se aclara la larga disputa entre la responsabilidad de los buscadores, la aplicabilidad de la normativa de protección de datos y los derechos de los ciudadanos. Concretamente se analiza sobre la libertad a decidir lo que otros pueden hacer con tu información personal.



**CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR,  
INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS  
TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

desindexación. Por lo que se podrá solicitar a Google directamente el borrado de datos personales que aparecen en el buscador indexados y Google tendrá la obligación de borrarlos, pues, si no lo hace, se podrá acudir de forma efectiva a solicitar la tutela de la AEPD o de los Tribunales en caso de conflicto. Por consiguiente, se articula la posibilidad de eliminar información personal frente al motor de búsqueda, que es el responsable de la difusión y accesibilidad de la información publicada por los diferentes portales. Si bien, la referida sentencia concreta que el derecho a la protección de datos prevalecerá con carácter general sobre el interés económico del buscador o cualquier tercero, salvo que la información sea de interés o relevancia pública que permita justificar su difusión. Por lo tanto, se deberá ponderar en cada caso la primacía del derecho a la Protección de Datos o del Derecho a la Información, que legitima en algunos casos la publicación de todo tipo de información. Para JAVIER SEMPERE<sup>928</sup>, el futuro dirá si Google y el resto de buscadores en la misma situación cumplen con lo dictado en esta Sentencia, ya que no le gustaría que ahora se dirigiese el ejercicio del derecho de oposición hacia los buscadores. En España, respecto al derecho al olvido digital caben citar las recientes sentencias del TS de fecha 15 de octubre de 2015<sup>929</sup> y de fecha 5 de abril de 2016<sup>930</sup> que siguen la doctrina sentada por la anterior sentencia del TJUE.

En consonancia con lo anterior, debo destacar que si bien en California<sup>931</sup> se ha aprobado una ley en virtud de la cual los menores tienen derecho al olvido parcial en

---

<sup>928</sup> JAVIER SEMPERE, F., Artículo de fecha 13 de mayo de 2104, "Reflexiones sobre la responsabilidad de Google ene. Derecho al olvido", en <http://privacidadlógica>. Considera que el llamado "Derecho al olvido" sigue sin permitir una solución general, de manera que habrá que ir caso por caso, porque cada uno de ellos "es un mundo" pero teniendo en cuenta además la conducta del propio usuario o internauta. Pues no se puede pretender que si en el año 2014 publicó un tuit que luego fue difundido en múltiples sitios, en el año 2018 quiera eliminarlo de todos, o que no lo enganchen los buscadores. Igual que debe existir una responsabilidad del que publica datos personales en una página web, debe existir también una responsabilidad por parte del usuario.

<sup>929</sup> ROJ 4132/2015.

<sup>930</sup> Id Cendoj: 28079119912016100005.Recurso 3269/2014, Ponente: Rafael Saraza Jimena.

<sup>931</sup> En fecha 24 de septiembre de 2013 se publicó en <http://www.genbeta.com/actualidad/en-california-los-menores-tendrán-derecho-al-olvido-parcial-en-internet>. "Según la nueva normativa, que entrará en vigor en 2015, los menores sí que podrán pedir que las compañías de Internet eliminen toda su actividad publicada on line. ¿Por qué? De acuerdo a lo que dicen los propios impulsores de la ley, "los errores de los



Internet<sup>932</sup>, en la UE no existe normativa específica alguna respecto al derecho al olvido de los menores en Internet, aunque actualmente se está trabajando en un cuidadoso proyecto para que el derecho al olvido sea aplicado también a casos de menores que se vean afectados por la publicación de determinada información en la red<sup>933</sup>.

### 6.3. REGULACIÓN EN ESTADOS UNIDOS Y REINO UNIDO

Si Europa con anterioridad a la nueva Propuesta de Reglamento y Directiva de 25 de enero de 2012 y al nuevo RGPD de 27 de abril, se había optado por una normativa general, por el contrario, Estados Unidos ha apostado por la aprobación de normas concretas imperativas referidas a la protección de los datos de los menores en Internet, llamando poderosamente la atención que en ese país, donde prima la

---

adolescentes pueden permanecer toda la vida y su vida digital puede seguirlos allá donde vayan". ¿Una pequeña victoria para la privacidad en la red? Depende como se mire, ya que hay algunos detalles a tener en cuenta. Para empezar, esta ley sólo es válida para menores. Los adultos seguirán sin tener derecho al olvido. Además, según la legislación las compañías deberán evitar que la información relacionada con los menores que lo soliciten sea pública pero no les obliga a eliminarla de sus servidores. Los opositores a esta ley aún van más allá y afirman que esto podría provocar que los servicios en Internet decidan directamente prohibir el registro a menores para evitarse problemas en el futuro. Sin embargo, la clave está en el "parcial" que he puesto en el título. Los menores que se acojan a esta nueva ley podrán pedir que se eliminen contenidos sobre ellos mismos, pero sólo los que ellos hayan publicado. Si alguien decide, por ejemplo, coger una foto comprometedor de un usuario y resubirla, éste no podrá reclamar sobre la que no haya compartido él mismo. ¿La mejor solución? Al final, la de siempre: un poco de sentido común y formación a los más pequeños de lo que se debe (y no se debe) compartir en las redes sociales.

<sup>932</sup> Consultar en <http://bibliotecaescolardigital.es/comunidad/BibliotecaEScolarDigital/recurso/california-los-menores-tendrán-derecho-al-olvido/fde7c94c-ac4a-4685-ad85-367a>.

<sup>933</sup> Tal como anticipó en mayo de 2014 la presidenta del Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, *Guadalupe Tagliaferri*. Se trata, de una novedosa iniciativa que busca poner en primer plano el derecho de los menores, que también se pueden ver afectados por la publicación de fotos, textos agraviantes o demás cuestiones que puedan colgarse de la Red y que afecte a un menor. Asimismo están trabajando también en una plataforma on line donde se pueda encontrar información para los chicos acerca de cómo comportarse en las redes sociales, en Internet, Twitter y en las plataformas de juegos on line –donde además hay situaciones de acoso–. Se busca que los chicos puedan saber cómo cuidarse y que entiendan la importancia que tienen las cosas que ellos publican en Internet, advierte la presidenta del Consejo y hace referencia a la importancia de comprender que aquello que hoy los chicos pueden publicar a la edad de 15 años de ellos mismos o de otras personas, por ejemplo, va a estar disponible en la Red toda la vida. "Cuando es otro el que pone una imagen que uno no permite, una imagen donde te están vulnerando, donde te están cargando, o una imagen que no es real, considero que debe ser automático el derecho al olvido". El escenario cotidiano muestra que el acoso trasciende el espacio real para trasladarse a un espacio virtual, donde el abuso puede repetirse las 24 horas del día. "Es importante construir en este nuevo esquema de las tecnologías, nuevos paradigmas de relación y todo lo relacionado con la seguridad en estas plataformas. Hay que concienciar a los chicos y a los padres sobre la necesidad de no exponerse y de no maltratar al otro". SANTIPINTOSABRINA, [ssantopinto@diariobae.com](mailto:ssantopinto@diariobae.com). <http://www.diariobae.com/note/17913-derecho-al-olvido-para-los-menores.html>.

**CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR,  
INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS  
TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

autonomía privada y de los actores para regular sus intereses poco proclive al desarrollo normativo, se haya establecido leyes concretas al respecto.

Cabe destacar que la primera norma reguladora en esta materia en Estados Unidos (EE UU), ha sido la Children's Online Privacy Protection Act (COPPA), aprobada el 21 de octubre de 1998, aunque no entró en vigor hasta el año 2000, que implanta un sistema de concesión del consentimiento paterno en función de la importancia del asunto para el que se requieren los datos, siendo considerada paradigmática en cuanto a la prestación de garantías suficientes para el menor<sup>934</sup>. Dicho sistema se denomina "escala móvil" (sliding scale), de tal manera que si se van a utilizar para fines internos de la propia empresa, se permite un método más sencillo "email plus" siendo, sin embargo, más estricto cuando los datos vana a ser comunicados a terceros o publicados en una web. Según MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS<sup>935</sup> sus principales características son: la exigencia de proporcionar de forma clara a sus destinatarios la información sobre la política de privacidad de la web que se trate, el deber de informar claramente quien recoge los datos haciendo hincapié en el deber de proporcionar la información cuando los medios empleados sean herramientas informáticas que permiten recabar información de los equipos de forma inadvertida, como pueden ser los cookies, los bugs o los archivos log. Añade el citado autor que todo ello es muy positivo por cuanto elimina el carácter secreto de tales herramientas y posibilita la obtención de información sin necesidad de una voluntad favorable del usuario, según sea la configuración de los equipos y las aplicaciones. Además, afirma que la captación y posterior tratamiento de los datos de los menores de 13 años requiere el consentimiento de sus padres o representantes legales (a diferencia de Europa y España donde la normativa establece el límite en la edad de 14 años de los menores para prescindir del consentimiento). Por su parte,

---

<sup>934</sup> GÓMEZ-JUÁREZ SIDERA, ob. cit., p. 723.

<sup>935</sup> MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, ob. cit., p. 119.

sostiene ANDREU MARTÍNEZ<sup>936</sup> que esta norma establece tres tramos de edad a efectos del reconocimiento mayor o menor de las capacidades del menor. El primero, para los menores de 13 años, a los que se otorga una protección reforzada; el segundo para los menores entre 13 y 15 años, que obtienen el reconocimiento de cierto grado de actuación por sí y el último, para los de 16 y 17, que obtienen mayor autonomía. Y además, los padres o representantes tienen derecho a conocer la información que se ha proporcionado a los menores a la hora de recabar sus datos, así como a verificar la autorización recogida y sus circunstancias, mediante autorización firmada y remitida por correo, fax, teléfono o correo electrónico firmado electrónicamente. Incluso se exige que los datos recabados sean los necesarios para facilitar el acceso a la página web y para el uso de los medios, herramientas, juegos y demás que se alberguen en dicha página.

Con posterioridad, en fecha 22 de julio de 2004 se aprobó la Children's Listbroker Privacy Act (Ley de privacidad de los menores respecto de la venta de sus datos). Su objetivo es limitar y regular la venta de ficheros de las informaciones de los menores con el fin de realizar campañas de marketing dirigidas a éstos. En ella, se eleva el mínimo de edad a los 16 años requerido para prescindir del consentimiento de los padres o representantes legales y se admite la posibilidad de que los padres y representantes puedan consentir la venta de los datos de los menores, siempre que la finalidad de la adquisición no sea el tratamiento con fines de marketing, esto es, no implica que los padres o representantes puedan consentir la venta para otros usos más allá del marketing sino que esos otros usos excedan a los propósitos de esta norma.

---

<sup>936</sup> ANDREU MARTÍNEZ, M.B., "Diez años de aplicación de la Children's online Privacy Protection Act estadounidense. Reflexiones para el Derecho español", *Revista Española de Protección de Datos*, nº especial julio 2009-junio 2010, Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, Thomson Civitas, 2010, Madrid, p. 84.

### **CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

En cualquier caso, la recientísima Sentencia del TJUE de fecha 6 de octubre de 2015, marca el punto de partida del cambio de la UE al anular la decisión de homologar los sistemas norteamericanos de protección de datos respecto a la legislación europea. En ella se analiza el grado de protección de entrega o transferencia de datos personales de ciudadanos europeos a EEUU, y concluye que no es seguro. En consecuencia, obliga a negociar un nuevo marco que garantice un mejor nivel de protección<sup>937</sup>.

Pero la diferencia más notable con el nuevo RGPD se encuentra en que sólo regula la oferta de bienes y servicios dirigidos a los menores, pero no a los servicios dirigidos a un público en general que tenga un conocimiento efectivo de que está tratando datos de menores (cuestión que sí se incluye en la COPPA). Con esta exclusión, ANDREU MARTÍNEZ<sup>938</sup> considera que podría entenderse que las web distintas de las anteriores no necesitan controlar la edad de los usuarios y, en su caso, solicitar el consentimiento de los representantes legales cuando se trate de menores de 13 años. Esta interpretación permite eliminar para un amplio sector el problema de la verificación de edad, si bien a costa de un nivel de protección de los menores muy bajo (y reduciendo, todavía más, el ámbito de aplicación, respecto al previsto en la legislación estadounidense).

En lo que atañe a la regulación de la protección de datos en el Reino Unido, su art. 66 de la Data Protection Act de 1998 se centra sólo en el derecho de los menores en Escocia, que apunta a que se podrá recabar información de todo menor de 12 o mayor de esta edad siempre y cuando se le haya informado y entendido claramente de

---

<sup>937</sup> Anulación del conocido Safe Harbor-o puerto seguro-, que autorizaba a las compañías no europeas la transferencia de datos personales a un tercer país cuando garantizaran un nivel de protección adecuado y se respetase las disposiciones legales de los Estados miembros -aunque la en la práctica no se pudiese comprobarse el nivel de protección.

<sup>938</sup> ANDREU MARTÍNEZ, ob. cit., p. 56.

sus derechos<sup>939</sup>. Justamente, el ente encargado de velar por el cumplimiento de la legislación en materia de protección de datos en el Reino Unido, “Information Commissioner’s Office” 14 (ICO) señala que cualquier información que se pida a un menor debe ser clara y entendible para el mismo, pues no tiene la misma capacidad de comprensión que un adulto. De modo que, cuando se le pida datos personales se necesitará el consentimiento de los padres, a menos que se piense que el menor está suficientemente capacitado para tomar él la decisión. Si bien, la legislación británica en esta materia no determina la edad en la que un menor está capacitado para entender esta situación y decidir sobre la misma<sup>940</sup>, no obstante, aconseja siempre que se solicite el consentimiento de los padres a cualquier menor que esté entre los 12 años, o menos, y los 16. Por último, en fecha 22 de julio de 2013, el primer ministro del Reino Unido ha anunciado, nuevos mecanismos tecnológicos para proteger a los menores en Internet<sup>941</sup>.

---

<sup>939</sup> Where a question falls to be determined in Scotland as to the legal capacity of a person under the age of sixteen years to exercise any right conferred by any provision of this Act, that person shall be taken to have that capacity where he has a general understanding of what it means to exercise that right. Ningún menor podrá enviar su información personal a las webs de LCG sin el consentimiento de sus padres o tutores. LCG emplaza a todos los padres o tutores a que instruyan a sus hijos en el uso seguro y responsable de su información personal cuando utilicen Internet. LCG no recopilará ni usará deliberadamente la información personal obtenida de menores para ningún propósito, incluyendo su divulgación a terceros. Without prejudice to the generality of subsection , a person of twelve years of age or more shall be presumed to be of sufficient age and maturity to have such understanding as is mentioned in that subsection.

<sup>940</sup>Véase el documento “Data Protección GOE Practica Note” redactado por ICO en 2007. En línea: [http://194.109.159.7/tna/20100712052614/http://ico.gov.uk/upload/documents/library/data\\_protection/practical\\_application/collecting\\_personal\\_information\\_from\\_websites\\_v1.0.pdf](http://194.109.159.7/tna/20100712052614/http://ico.gov.uk/upload/documents/library/data_protection/practical_application/collecting_personal_information_from_websites_v1.0.pdf). “Websites that collect information from children must have stronger safeguards in place to make sure any processing is fair. You should recognise that children generally have a lower level of understanding than adults, and so notices explaining the way you will use their information should be appropriate to their level, and should not exploit any lack of understanding. The language of the explanation should be clear and appropriate to the age group the website is aimed at. If you ask a child to provide personal information you need consent from a parent or guardian, unless it is reasonable to believe the child clearly understands what is involved and they are capable of making an informed decision. The Act does not state a precise age at which a child can act in their own right. It depends on the capacity of the child and how complicated the proposition being put to them is”

<sup>941</sup> Reino Unido bloqueará el contenido adulto en Internet por defecto en el año 2014. “Todos los nuevos clientes de banda ancha o aquellos que cambien de proveedor tendrán automáticamente activados los filtros que bloquean los sitios web con “contenido adulto”, a menos que informen de que desean desactivar expresamente este bloqueo. Ha dicho Cameron en declaraciones recogidas por “The Daily Mail” estamos tomando medidas para ayudar a limpiar Internet y proteger a los niños de la pornografía que circula por la red, en ocasiones de manera extrema. Otra de las medidas que ha anunciado es incluir filtros de contenidos para adultos en todos los nuevos teléfonos móviles que lleguen al mercado” en <http://www.el mundo.es/2013/07/22/comunicación/1374949032.html>.

## **7. EL FENÓMEMO SEXTING**

### **7.1. ORIGEN DEL CONCEPTO**

El vocablo sexting es la resultante de la fusión entre dos términos del inglés: “sex” (sexo) y “texting” (envío de mensajes a través de teléfono móvil). En sentido estricto, se define como la difusión o publicación de contenidos (principalmente fotografías o vídeos) de tipo sexual producidos por el propio remitente utilizando para ello el teléfono móvil u otro dispositivo tecnológico<sup>942</sup>. Y si en un primer momento se limitaba al envío de textos, con el desarrollo de los teléfonos móviles actualmente se aplica al envío, especialmente a través del teléfono móvil, de fotografías y vídeos con contenido de cierto nivel sexual, tomadas o grabados por el protagonista de los mismos. Además, relacionado con el sexting, se encuentra el llamado “sex-casting” que consiste en la grabación de contenidos sexuales a través de la webcam y difusión de los mismos por e-mail, redes sociales o cualquier canal que permitan las nuevas tecnologías.

Ahora bien, la figura del sexting se compone de varios requisitos<sup>943</sup>: 1) *La Voluntariedad*. Los protagonistas -menores- producen y envían de forma voluntaria, sin coacción y en muchos casos sin sugestión por parte de la persona destinataria del mismo, ya que son contenidos que alguien crea normalmente como regalo para su pareja o como una herramienta de flirteo. Por lo tanto, se trata de una conducta libre, que no surge del error, la intimidación o la coacción, como mucho de la inconsciencia, ya que los menores pueden no enjuiciar inmediatamente la repercusión que este tipo de imágenes puede llegar a tener dentro de su círculo social o incluso fuera de él.

2) *La utilización de dispositivos tecnológicos*. El sexting no sería posible sin la existencia de dispositivos tecnológicos, con lo que al enviarlo a otras personas

---

<sup>942</sup> Guía sobre adolescencia y sexting: que es y cómo prevenirlo, Observatorio de la Seguridad de la Información, Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, Madrid. 2011, p. 4.

<sup>943</sup> Guía sobre adolescencia y sexting.....ob. cit., p. 6.

también hacen incontrolables su uso y redifusión a partir de ese momento. Los dispositivos tecnológicos más empleados son los teléfonos móviles, que permiten captar imágenes en entornos íntimos, así como la webcam, principalmente cuando el ordenador se encuentra en la habitación del adolescente.

3) *El carácter sexual o erótico de los contenidos.* El sexting propiamente dicho consiste en el envío de mensajes de carácter sexual o pornográfico. Por su propia naturaleza, son contenidos muy conectados con los derechos a la propia imagen y a la intimidad personal de los menores y son susceptibles de generar conflictos y violencia sobre los adolescentes. Quedarían por tanto fuera de su ámbito, las fotografías que simplemente resultan atrevidas o sugerentes, pero no tienen un contenido sexual explícito. Sin embargo, es cierto que la línea que separa la carga erótica o sexual de un contenido puede resultar, en ocasiones, difusa.

4) *La edad de los sujetos.* El sexting no es un fenómeno exclusivo de los menores. También los adultos difunden fotografías propias de carácter sexual tomadas con el teléfono móvil. De hecho, datos de EEUU revelan que la incidencia del sexting entre los adultos es superior a la detectada entre los propios menores, un 31% de las personas de 18 a 29 años han recibido sexts (imágenes con contenido sexual procedentes de una persona conocida), y un 17% en la franja de edad de 30 a 49 años. No obstante, en el caso de los menores concurren una serie de circunstancias, que exigen un tratamiento especial tanto desde el punto de vista pedagógico y jurídico. De tal manera que el sexting se configura como una preocupación para los educadores de los menores, y no como una forma más de manifestación de la propia sexualidad.

5) *Naturaleza privada y casera.* Tiene una naturaleza fundamentalmente casera, es producido, protagonizado e inicialmente difundido con una finalidad privada, al margen de industrias audiovisuales y de canales de difusión masivos.

En España, el Estudio sobre seguridad y privacidad en el uso de los servicios móviles por los menores españoles<sup>944</sup> concluyó que el 4% de los jóvenes entre 10 y 16

---

<sup>944</sup> *Estudio sobre seguridad y privacidad en el uso de los servicios móviles...*, ob. cit., p. 84. La muestra del estudio la conforman 322 adolescentes entre 10 y 17 años y sus 322 tutores legales. Nótese que este tipo de

### CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

---

años reconocía haberse tomado fotos “en posturas sexys, provocativas o inadecuadas”, al tiempo que el 8,1% afirmaba haberlas recibido en su teléfono móvil. A mayor abundamiento, en EEUU, uno de los primeros estudios realizados Teens and Sexting, en el año 2009 por Pew Research Center, con una muestra de ochocientos menores entre 12 y 17 años, ya exponía que un 4% de los menores con teléfono móvil había enviado imágenes en las que aparecía desnudo o casi desnudo y la cifra de adolescentes que afirmaba haber recibido este tipo de imágenes ascendía al 15%. En el año 2011, el AP-MTV Digital Abuse Study<sup>945</sup> tras entrevistar a 1.355 jóvenes de entre 14 y 24 años, concluyó que el 7% de los menores reconocía haber enviado sexting. En el año 2012, otro estudio, publicado por la American Academy of Pediatrics, titulado Prevalence and Characteristics of Youth Sexting: A National Study<sup>946</sup>, tras entrevistar telefónicamente a 1.560 adolescentes de entre 10 y 17 años, comprobó que tan sólo el 2,5 % de los encuestados aparecía o había elaborado materiales de sexting mientras que el 7,1 % los había recibido. Y descendía al 1% y al 5,9 % respectivamente si se restringía el concepto de sexting a imágenes sexualmente explícitas, tales como senos, órganos genitales o glúteos. De ahí, que ya en California a finales del 2013 se aprobara la Ley conocida como SB255., para que las víctimas de esta práctica pudieran protegerse y perseguir por la vía penal a quien subió sin su consentimiento las imágenes en Internet. Con posterioridad, otros estados como Nueva Jersey, UTA, Wisconsin, Virginia o Arizona igualmente han prohibido publicar imágenes de desnudos con el propósito de perjudicar a otro particular, previendo penas de hasta seis meses de prisión y tipificándolo como delito el subir imágenes en la red de una persona desnuda o semidesnuda sin su consentimiento cuando haya intención de ocasionar un daño emocional.

## 7.2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SEXTING

---

imágenes -sexy, provocativas o inadecuadas-comprende las prácticas del sexting en sentido amplio; en sentido estricto, sólo constituyen sexting las imágenes pornográficas o eróticas.

<sup>945</sup> AP-MTV *Digital Abuse Study*, knowelge, Networks, Palo Alto, 2011.

<sup>946</sup> MITCHELL, K. J., FINKELHOR, D., y OTROS: “Prevalence and Characteristics of Youth Sexting”, *A National Study Pediatrics*, nº 129-1, 2012, pp. 13-20.



### 7.2.1. En el Ámbito del derecho privado. El derecho civil

La persona que reenvía sexting ajeno sin consentimiento vulnera los derechos de la personalidad. Respecto a los derechos al honor y a la intimidad, la persona que transmite sexting ajeno sin consentimiento incurre en el supuesto previsto en el art. 7.3<sup>947</sup> de la LOPDH. Es obvio que las imágenes de sexting pertenecen a la vida privada de la persona y quien produce y envía sexting a un destinatario concreto puede afectar a la reputación del protagonista. En relación al derecho a la propia imagen, se ajusta al art. 7.5<sup>948</sup>, siempre y cuando se reconozca el sujeto protagonista, pues aquellas imágenes que recojan tan solo algunas partes del cuerpo (escote, órganos genitales) y que impidan conocer la identidad del sujeto no vulnerarían el derecho a la propia imagen. El reenvío de sexting ajeno sin consentimiento es una forma de publicar una imagen no consentida de un tercero en un momento de su vida privada, que no se justifica en el hecho de que el protagonista haya decidido compartir dicha imagen con una persona particular. El consentir en compartir con un tercero concreto imágenes íntimas no habilita al tercero a difundir dichas imágenes, ya que de hacerlo se lesionaría el derecho a la propia imagen reconocido en el art. 18.1 CE.

No obstante lo anterior, nos surge la cuestión de en qué responsabilidad incurriría quien difunde sexting ajeno sin permiso. Pues bien, ésta no disminuye ni por las leyes ni los usos sociales, pues no existe norma ni costumbre alguna que faculte dicha divulgación. Ahora bien, en cuanto a los propios actos, solo se matizaría la responsabilidad cuando el protagonista del sexting hubiera evidenciado su total indiferencia respecto de su intimidad corporal. Sirva de ejemplo el caso de quien haya realizado envíos indiscriminados y masivos de sexting, o de quien comparta en plataforma on line 2.0 contenidos eróticos protagonizados por él mismo y que son de libre acceso. Y a su vez habría que plantearse qué responsabilidad tienen las terceras

---

<sup>947</sup> Art. 7.3 “La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familiar que afecten a su reputación o buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo”.

<sup>948</sup> Art. 7.5 “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...”.

### **CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

personas que, sin haber recibido el sexting del protagonista, acceden al mismo y contribuyen a su difusión. Si no conocen del origen ilícito de esas imágenes su conducta no será antijurídica, pero si el tercero conoce la falta de consentimiento del protagonista, su difusión atenta contra los derechos de esa persona. Por “terceras personas” hay que entender aquellas que realizan posteriores reenvíos de amigos o compañeros del primer receptor y difusor, que reciben de éste el sexting y son plenamente sabedores de la ilicitud de su difusión. Para exigir una responsabilidad civil a estos terceros, sostiene MARTÍNEZ OTERO<sup>949</sup> que su conducta tiene que atentar efectivamente contra los derechos del afectado, agravando las lesiones ocasionadas por el primer emisor. Si el primer emisor hace una difusión masiva del sexting ajeno, es posible que posteriores envíos ya no empeoren la situación del protagonista-productor, en la medida en que las imágenes ya son públicas. Ahora bien, en el caso de que el primer emisor haya hecho una difusión muy limitada, o un simple reenvío a un tercero, si éste posteriormente lleva a término una difusión masiva o un reenvío viral, estará produciendo un menoscabo evidente en los derechos del protagonista, y deberá responder conforme a lo previsto en la LOPDH.

#### **7.2.2. En el ámbito del derecho público**

##### **7.2.2.1. El derecho penal**

Con anterioridad al nuevo CP, el análisis jurídico del sexting estaba estrechamente ligado a los delitos contra la intimidad y propia imagen, previstos en el Título X del CP. Pues, si bien el derecho a la imagen constaba en el enunciado del citado título, en España no gozaba de protección penal autónoma, de manera que sólo era protegido penalmente cuando se conculcasen simultáneamente el derecho a la intimidad y el honor<sup>950</sup>. Por ello, para saber si la difusión del sexting ajeno sin

---

<sup>949</sup> MARTÍNEZ OTERO, J. M., “La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico”, *Nueva Época*, nº 12, Diciembre, 2013, p. 6.

<sup>950</sup> MARTÍNEZ OTERO, ob. cit., p. 8, apartados 1º (sic) “*El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico (...) o intercepte sus telecomunicaciones (...), será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de*

consentimiento era una acción típica contra el derecho a la intimidad había que acudir al art. 197 CP (apartado 1º y 4º párr. 1º de manera conjunta) que regulaba la revelación de secretos, y se prevenían expresamente penas para los que accedían a contenidos de otras personas sin su consentimiento. Sin embargo, la persona que recibía un mensaje de sexting libremente y con consentimiento del protagonista, (el cual se despoja libremente de su intimidad) y a su vez, lo reenviaba sin su consentimiento no tenía encaje en el apartado 1º y consecuentemente no era objeto de la sanción prevista en el apartado 4º. Tampoco tenía responsabilidad penal alguna quien, sin ser el primer difusor, llevaba a cabo posteriores divulgaciones, y quien, sin haber participado en el descubrimiento ilícito de la información, la obtenía por otras vías (se la comunicaban, la encontraba por casualidad, etc.) y se limitaba a difundirla a pesar de ser consciente de que había sido obtenida de forma ilícita<sup>951</sup>. En cambio, para saber si la difusión del sexting ajeno sin consentimiento era una acción típica contra el derecho al honor, había que acudir a las figuras de la calumnia (art. 205 CP) y la injuria (art. 209 CP) reguladas en el Título XI del CP. Mientras que la difusión de sexting sin consentimiento del protagonista no era una calumnia, surgía la duda si sería encuadrable como injuria, ya que podía lesionar la dignidad del protagonista y menoscabar su fama. Comparto la opinión de MARTÍNEZ OTERO de que tampoco lo sería por varios motivos: en primer lugar, porque el reenvío no consentido del sexting atentaba principalmente contra la intimidad y la propia imagen y sólo tangencialmente contra el honor. Y en segundo lugar, porque el CP, excluía del delito de injurias aquellas que consistían en la imputación de hechos “...salvo cuando se

---

*doce a veinticuatro meses*”. Y 4º párr. primero “*Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores*”. El apartado 6º recoge un agravante de los hechos anteriores y dice “*Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior*”.

<sup>951</sup> EL 2º párr. del apartado 4º dice que “*Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párr. anterior*”. Es decir, sanciona a quien sin haber participado en el descubrimiento ilícito de la información, la obtiene por otras vías (se la comunican, la encuentra por casualidad, etc.) y se limita a difundirla siendo consciente de que ha sido obtenida de forma ilícita. Pero dicha sanción quedaría vacía de contenido por no constituir un ilícito penal el descubrimiento de la información que no ha sido ilícito, al no ser una conducta delictiva y por lo tanto aplicable el tipo penal del apartado 1º, sería un ilícito civil que debería ser sancionado conforme a la LOPDH.

**CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR,  
INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS  
TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN**

---

*hubieran llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” (art. 209)”. Conviene recordar, que la primera sentencia de sexting en relación a menores ha sido la dictada por la AP de Granada, Sección 1ª, de fecha 5 de junio de 2013, en la cual se absolvió sobre el fundamento de que los tres acusados lo que hicieron fue recibir, y no acceder, a un mensaje de imagen, por lo que no cabía hablar de consentimiento cuando lo que desencadenaba la difusión “en cascada” del mensaje había sido un acto previo de la menor, cual era su remisión al teléfono móvil del chico con el que mantenía una relación, pero quedando a salvo las acciones que en su caso, la menor o quienes la representasen pudieran ejercitar por la intromisión ilegítima sufrida al amparo de la LOPDH. Asimismo, también es de particular interés la Sentencia de la AP de Santander, Sección 1ª, de fecha 16 de abril de 2014<sup>952</sup>.*

Sin embargo, con el nuevo CP la difusión no consentida de sexting se convierte en una conducta penalmente punible, y para ello se adiciona un nuevo apartado al art. 197.4 bis<sup>953</sup>. En ese sentido, para MARTÍNEZ OTERO<sup>954</sup>, su redacción no puede restringirse únicamente a “*la difusión de imágenes o grabaciones de naturaleza sexual*”, sino que debe ser más genérica y referirse también a las vulneraciones graves de “*la intimidad personal*”, cuyo concepto no puede quedar limitado a la intimidad corporal y la vida sexual, sino que debe cubrir igualmente otros aspectos tales como la ideología, las opciones religiosas, los sentimientos más profundos, la información referida a la salud, etc. De tal manera que, si bien los delitos más comunes englobados en el nuevo tipo estarán directamente relacionados con la práctica del sexting, no cabe excluir de su alcance la difusión de otras imágenes o grabaciones íntimas, como pueden ser las de personas consumiendo droga o en estado de embriaguez, pacientes con síntomas de enfermedades o lesiones graves, etc. Por otra parte, critica el concepto

---

<sup>952</sup> LA LEY 63162/2014.

<sup>953</sup> 197.4 bis C.P. “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 de aquella que hubiere obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona”.

<sup>954</sup> MARTÍNEZ OTERO, ob. cit., p. 9.

extrajurídico e impreciso de “*lugares fuera del alcance de la mirada de terceros*” pues en su opinión hubiera sido más sencillo utilizar la fórmula de “*lugares privados*”, en contraposición con los “*lugares abiertos al público*” que la LOPDH emplea para justificar la captación y reproducción de la imagen de personas públicas. Terminología que goza de una amplia y aceptada interpretación jurisprudencial, que facilitaría la seguridad jurídica en la aplicación del tipo penal.

Por otro lado, en lo concerniente al alcance de esta difusión, ésta puede ser reducida o muy amplia, desde el envío de la imagen a un único destinatario a través del correo electrónico u otro canal de envío de mensajes privados como Whatsapp o los servicios de MMS, hasta la publicación de imágenes en portales de acceso público, como Youtube o Twiter, o en perfiles de redes sociales con un amplio número de potenciales visitantes. Pero la cuestión más espinosa del nuevo tipo delictivo reside en que se castiga la transmisión de contenidos obtenidos con permiso, es decir, si hasta ahora los delitos a la intimidad exigían el acceso ilegal a una determinada esfera de la intimidad de un tercero, ahora, el acceso es plenamente legal, conocido y consentido por la víctima. Por lo tanto, la obtención de imágenes o grabaciones íntimas puede ser por el envío voluntario del protagonista de las mismas; por captación directa de las imágenes, mediante webcam o en la presencia del grabado; o tras la cesión por parte de un tercero que es consentida por el protagonista de las imágenes. Finalmente, en cuanto a la pena señalada (prisión de tres meses a un año o de multa de seis a doce meses), ésta es inferior en relación al resto de tipos penales que integran los delitos contra la intimidad (prisión de un año como límite mínimo), porque no se produce un acceso no consentido a la intimidad de un tercero, sino solo una difusión de la misma sin el debido consentimiento.

Ahora bien, es obvio que la vulneración de la intimidad que se comete en la difusión del sexting ajeno es grave y puede producir efectos muy perjudiciales en la víctima, pero la cuestión que surge es si es conveniente incluir el sexting en el CP. En mi opinión, me parece desproporcionado exigir que la persona que recibe el sexting

### CAPÍTULO TERCERO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y TRATAMIENTO DE DATOS DEL MENOR EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

---

mantenga el secreto respecto de su contenido, cuando nunca asumió tal compromiso exigido por el contrario en el caso del delito del secreto profesional. Sobre todo, porque quien practica sexting expone gravemente su intimidad al colocar material ciertamente sensible en manos de un tercero, resultando su acción cuanto menos irresponsable y culpable en gran parte de dicho perjuicio.

Por mi parte, coincido con MARTÍNEZ OTERO en que si bien es claro que la difusión del sexting o imágenes íntimas de un tercero sin consentimiento pueden ser lesivas para la intimidad del protagonista, también lo es que el propio afectado es responsable directo del daño sufrido, desde el momento en que reveló a un tercero aspectos muy sensibles de su intimidad. Si la revelación de la intimidad a una persona es un acto libre, debe considerarse igualmente responsable también a quien lo reveló<sup>955</sup>. En suma, acudir al derecho penal para que se proteja a un sujeto de las consecuencias de sus propios actos no es la mejor solución, máxime cuando las consecuencias a las que nos referimos son tan indeseadas como previsibles.

#### 7.2.2.2. El derecho administrativo

En relación a la difusión de sexting ajeno en páginas web, perfiles públicos de redes sociales o Webs 2.0, para que sea lícita deberá respetar las exigencias contenidas en la LOPD. En consecuencia, la difusión de sexting ajeno en determinados ficheros informáticos que permiten su tratamiento organizado, tales como páginas web, portales colaborativos o perfiles de redes sociales, infringe el derecho a la protección de datos personales y puede ser castigado conforme a las previsiones de la LOPD.

---

<sup>955</sup> JUANETHEY DORADO, C., y DOVAL PAÍS, A., *Límites de la protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes*. En *La protección jurídica de la intimidad*, (Dir. J. BOIX REIG), Iustel, Madrid, 2010, p. 154, señalan que ciertas revelaciones de la intimidad llevan consigo un riesgo inherente de ser reveladas, riesgo que el sujeto asume libremente al desvelar aspectos de su intimidad. “cuando alguien cuenta un secreto a otro o mantiene con él una relación íntima, cuenta con la posibilidad de que esa otra persona pueda comportarse deslealmente y, a pesar de ello, lo dice o lo hace. Podríamos decir, por eso, que ese riesgo es inherente a esa forma de comunicar un secreto; del mismo modo que quien mantiene una relación de tipo sexual con otro secretamente, cuenta con la posibilidad de que ese último revele a otros dicha relación”.

En relación con la LOPD, la cuestión más delicada y que debería ser objeto de revisión es la cuantía de la sanción, pues en este caso la infracción será calificada muy grave y la sanción prevista para esta conducta oscila entre 300.001 y 600.000 euros a tenor del art. 44.4 b) de la LOPD. Tal cantidad es a todas luces desorbitada si la comparamos con el nuevo tipo penal cuya pena máxima es de 12 meses de multa, pues si se aplica el máximo importe de multa por día (400 €) establecido por el CP ascendería a 146.000 €. Y aunque, el citado precepto permite la aplicación de la pena inferior en grado cuando pueda apreciarse que la conducta del afectado ha podido inducir a la comisión de la infracción, (se le impondría una multa de entre 40.001 y 300.000 €). Aun así, es desproporcionada a la gravedad de la conducta que se pretende castigar. Hasta ahora, la actuación de la AEPD ha sido prudente al sancionar, pues adecuándola a la antijuridicidad y culpabilidad de la conducta concreta, ha impuesto multas sustancialmente inferiores a las previstas en la ley por entender que concurrían circunstancias que así lo aconsejaban.

**CAPÍTULO CUARTO: EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE PROTECCIÓN FRENTE A  
LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD,  
PROPIA IMAGEN Y PROTECCIÓN DE DATOS DEL MENOR**

---

*CAPÍTULO CUARTO*

*EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE PROTECCIÓN FRENTE A LA  
INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN LOS DERECHOS AL HONOR,  
INTIMIDAD, PROPIA IMAGEN Y PROTECCIÓN DE DATOS DEL  
MENOR*

**SUMARIO:** 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2 LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES. 3. LA TUTELA JUDICIAL DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN DEL MENOR. 3.1. El juicio ordinario y su carácter preferente. 3.2. La competencia territorial. 3.3. La caducidad de las acciones civiles. 3.4. Capacidad para ser parte, capacidad procesal y legitimación. 3.4.1. La legitimación activa. 3.4.2. La legitimación pasiva. 3.5. La carga de la prueba. 3.6 La excepción al principio de publicidad procesal. 3.7. Los pronunciamientos de la sentencia. 3.8. Los recursos frente a la resolución de instancia. 3.9. La ejecución de la sentencia. 4. EL DERECHO DE RECTIFICACIÓN DE LA INFORMACIÓN. 5. LA TUTELA EN VÍA ADMINISTRATIVA Y EN VÍA JUDICIAL DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DEL MENOR.

## **1. CONSIDERACIONES GENERALES**

El ejercicio de las acciones civiles de protección frente a intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de datos del menor puede llevarse a cabo en distintos ámbitos jurisdiccionales, tales como civil, penal y contencioso-administrativo. En el presente trabajo, analizaré más detalladamente su ejercicio en el ámbito civil, así como su tutela judicial.

Con anterioridad a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), se establecían dos procedimientos distintos para el ejercicio de las acciones en defensa de los derechos de la personalidad, “el procedimiento ordinario” tal y como se recoge en el art. 9.1<sup>956</sup> LOPDH y “el procedimiento sumario” previsto en el art. 53.2<sup>957</sup>

---

<sup>956</sup> Art .9.1 “La tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente Ley podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el art. 53.2 CE. También podrá acudir, cuando proceda, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”



CE. Esta dispersión legislativa unida a la inexistencia de una norma procesal específica para el ejercicio de estas acciones daba lugar a determinadas interpretaciones y confusiones procedimentales.

En definitiva, a partir de la entrada en vigor de la citada normativa ha desaparecido la nebulosa en la que se encontraba inmerso el derecho procesal aplicable a la defensa de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor, simplificándose notablemente la cuestión del procedimiento a seguir en defensa de los citados derechos de la personalidad del menor.

## 2. LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

Tanto el art. 9.2<sup>958</sup> LOPDH como el 4.2<sup>959</sup> LOPJM, otorgan la facultad de adoptar aquellas medidas cautelares que sean pertinentes para poner fin o evitar la intromisión ilegítima en los derechos al honor, intimidad y a la imagen del menor, así como para su cese inmediato<sup>960</sup>.

---

<sup>957</sup> Art. 53.2 CE “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección primera del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el TC. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el art. 30”.

<sup>958</sup> Art. 9.2 “...la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima...”

<sup>959</sup> Art. 4.2 “...instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley...”.

<sup>960</sup> DE LA ROSA CORTINA, M., indica que con la LO 1/1982 cabe adoptar la medida cautelar de prohibir la emisión de programas. El juez también podría adoptar la medida de suspensión de la emisión de un programa para evitar perjuicios al menor, con fundamento en el artículo 158.4 CC. Existen ya precedentes en el uso de tal facultad (Vid. Auto del juzgado de primera Instancia nº 28 de Madrid de 19 de octubre 1993). El TC por lo demás ha admitido la legitimidad constitucional de este tipo de medidas adoptadas en el proceso penal, con carácter cautelar. El supuesto de análisis de la STC nº 187/1999 (Sala Segunda), de 25 de octubre, venía constituido por el anuncio de la emisión de un programa “La máquina de la verdad” en una cadena de televisión en el que se iban a tratar aspectos relativos a la intimidad de un menor. El TC declara que el juez, con los elementos de juicio puesto a su disposición, hizo una ponderación razonable de los intereses y valores, bienes y derechos en juego. En efecto, no sólo tuvo en cuenta la buena marcha del proceso penal, sino también, como es natural, la protección a la intimidad del menor y, en definitiva, impidió que la institutriz repitiera las mismas informaciones, datos o hechos y opiniones que eran objeto de investigación por un supuesto delito de injurias, reiteración que era lógicamente presumible del contenido de las “cuñas” publicitarias, ob. cit., pp. 47 y 48.

**CAPÍTULO CUARTO: EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE PROTECCIÓN FRENTE A  
LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD,  
PROPIA IMAGEN Y PROTECCIÓN DE DATOS DEL MENOR**

---

Ahora bien, la cuestión es saber cuáles son o en qué consisten, pues en los citados preceptos nada se dice al respecto. Y si bien el apartado 11 del art. 727 LEC incluye *“Aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio”*, el apartado 7º se refiere a *“La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad y la de abstenerse de llevar a cabo una conducta”* o incluso el art 30<sup>961</sup> LSSI se refiere a la acción de cesación en Internet; la realidad es que de ninguno de los citados apartados se desprende cuáles son las medidas cautelares específicas necesarias para la protección de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor de una intromisión ilegítima. .

En cualquier caso, para obtener respuesta hemos de acudir a la casuística resuelta por la jurisprudencia que ha establecido en cierta manera cuáles son esas medidas cautelares que pueden adoptarse y el contenido específico de las mismas. En ese sentido, se pueden citar medidas tales como el secuestro de publicaciones antes de su distribución, la retirada de éstas del mercado, la prohibición de emitir unas determinadas imágenes en un programa de televisión o el cese temporal de las que se venían emitiendo habitualmente, la suspensión incluso de un programa de televisión en el que se preveía que se iba a proceder a una intromisión en dicho derecho, etc., recogidas alguna de ellas en el Auto del juzgado de primera Instancia nº 28 de Madrid de 19 de octubre 1993, el Auto de la AP de Salamanca, Sección 1ª de fecha 14 de julio de 2007<sup>962</sup>. Asimismo, la STC 34/2010, de fecha 19 de julio de 2010<sup>963</sup> analiza la

---

<sup>961</sup> Art.30. *“1. Contra las conductas contrarias a la presente Ley que lesionen intereses colectivos o difusos de los consumidores podrá interponerse acción de cesación. 2. La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta contraria a la presente Ley y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inminente. 3. La acción de cesación se ejercerá conforme a las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil para esta clase de acciones”.*

<sup>962</sup> JUR/2007/73031.

controvertida cuestión de las medidas cautelares en los procedimientos que atañen al derecho a la intimidad del menor.

Por otra parte, no debemos olvidar que, en relación a Internet y redes sociales, las medidas provisionales enumeradas en el art. 41 LSSI, pueden ser de gran utilidad y adoptarse no solo en el fallo de la resolución sino incluso cautelarmente para evitar contenidos ilícitos en la red que vulneren los derechos del menor. Como, por ejemplo, la posibilidad de suspender temporalmente la actividad de contenido ilícito o incluso el cierre del establecimiento del prestador de servicios. Cuando una prestación de servicios es manifiestamente contraria a los derechos al honor, intimidad y propia imagen como sucedería en un caso de pornografía infantil en la red, se puede interrumpir provisionalmente no siendo necesario esperar al final del proceso para su interrupción. También se puede precintar, depositar o incautarse de los registros, soportes, archivos informáticos y documentos en general así como de aparatos y equipos informáticos de todo tipo. Sostiene DE LAMA AYMÁ<sup>964</sup>, que esta última medida es de gran relevancia práctica, puesto que es muy fácil crear nuevas páginas

---

<sup>963</sup> Rec. de amparo acumulados núms. 6565-2005 y 6566-2005. Este Tribunal ha tenido ya ocasión de abordar el régimen de las medidas cautelares que pueden adoptar los órganos judiciales en el marco de litigios sobre las libertades de expresión e información, notablemente en la STC 187/1999, de 25 de octubre. En dicha decisión vinimos a reconocer en primer lugar la posibilidad constitucional de medidas judiciales por las que se prohíba la difusión de una obra o información, que no pueden ser incardinadas en el concepto de censura previa, vetada por el art. 20.2 CE. Lo que no puede ser aplicado a la posibilidad de que los órganos judiciales, en el marco de un procedimiento legalmente establecido, adopten medidas restrictivas de las libertades de la comunicación. No cabe duda, por tanto, de que la Constitución permite que se adopten medidas cautelares que impliquen la interdicción de difusión pública de una obra, destinadas a asegurar la eficacia de la protección judicial de los derechos fundamentales. Así, sin Ley que habilite para adoptar una tan severa medida, el Juez carece de cualquier potestad al respecto. En efecto, no cabe inducir de la letra del art. 20.5 CE un apoderamiento genérico a los Jueces y Tribunales para acordar secuestros o medidas equivalentes, como la enjuiciada, limitando el libre ejercicio de la libertad de expresión y el derecho a informar y a ser informado sin que, por otra parte, su pleno sometimiento al imperio de la Ley les permita actuar extramuros de ella, praeter legem, siempre a instancia de parte y nunca por iniciativa propia, ex officio" (STC 187/1999, de 25 de octubre, FJ 6). Resulta, pues, necesario que haya una ley habilitante y que la actuación judicial no se inicie de oficio. Más específicamente, hemos señalado también los términos en los que ha de llevarse a cabo el correspondiente procedimiento judicial. Así, "*dichas medidas, sea el secuestro judicial de los soportes del mensaje o sean otras, por razones de urgencia, sólo podrán adoptarse en el curso de un proceso judicial en el que se pretendan hacer valer o defender, precisamente, los derechos y bienes jurídicos que sean límite de tales libertades, proceso que es el cauce formal inexcusable para la prestación de la tutela a la que está abocada la función jurisdiccional y donde ha de recaer la adecuada resolución judicial motivada, que deberá estribar la medida en la protección de tales derechos y bienes jurídicos, con severa observancia tanto de las garantías formales como de las pautas propias del principio de proporcionalidad exigibles en toda aplicación de medidas restrictivas de los derechos fundamentales (STC 62/1982, 13/1985, 151/1997, 175/1997, 200/1997, 177/1998, 18/1999)*" (STC 187/1999, de 25 de octubre, FJ 6).

<sup>964</sup> DE LAMA AYMÁ, ob. cit., p. 330.

**CAPÍTULO CUARTO: EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE PROTECCIÓN FRENTE A  
LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD,  
PROPIA IMAGEN Y PROTECCIÓN DE DATOS DEL MENOR**

---

de Internet, de manera que la interrupción de la prestación del servicio puede ser inútil si la Administración no se incauta de los materiales utilizados para prestar el servicio ilícito. A su vez, los prestadores de servicios de intermediación deberán colaborar suspendiendo en aquellos servicios respecto de los que el órgano competente haya ordenado la interrupción por tener un contenido ilícito, siendo responsables en caso contrario<sup>965</sup>. Comparto la opinión de la citada autora que junto a la rapidez y facilidad con que se crean páginas en la red, surge el problema de perseguir los contenidos ilícitos debido a la mundialización de su funcionamiento lo cual en determinados casos puede dificultar la localización del prestador de servicios y, en consecuencia, la aplicación de la ley<sup>966</sup>.

Otra cuestión que se plantea es saber cuál es el procedimiento que se debe incoar para la adopción de tales medidas y la respuesta viene de la mano de los arts. 721 y ss. LEC, quienes regulan el procedimiento a seguir. De modo que, el juzgado competente será el del domicilio del demandante por ser éste el que tenga competencia para examinar la demanda principal salvo en el supuesto excepcional del domicilio en el extranjero del menor. Y si bien, la medida cautelar podrá solicitarse en una demanda aparte o junto con la demanda principal, y el procedimiento para su adopción será el que se recoge con audiencia al demandado. Lo cierto es, que por la especialidad del tema que estamos tratando, en la práctica las medidas cautelares que se soliciten deberán realizarse específicamente de conformidad con lo dispuesto en el art. 730.2 LEC como autónomas por razones de urgencia y asimismo sin audiencia al demandado conforme al art. 732.2 LEC. Ello deberá ser así, porque en su mayoría las

---

<sup>965</sup> Art. 11 LSSI "Cuando un órgano competente por razón de la materia hubiera ordenado, en el ejercicio de las funciones que legalmente tenga atribuidas, que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información o la retirada de determinados contenidos provenientes de prestadores establecidos en España, y para ello fuera necesaria la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación, podrá ordenar a dichos prestadores, directamente o mediante solicitud motivada al Ministerio de Ciencia y Tecnología, que suspendan la transmisión, el alojamiento de datos, el acceso a las redes de telecomunicaciones o la prestación de cualquier otro servicio equivalente de intermediación que realizaran".

<sup>966</sup> Ello precisamente es muy frecuente en el ámbito de la pornografía infantil en el que los prestadores de servicios actúan desde Estados donde no se sanciona esta práctica pero que a través de Internet llegan a todo el mundo.

medidas cautelares irán dirigidas a evitar una publicación o emisión de imágenes que atenten contra el menor o el cese y retirada temporal de las existentes, con lo que si se tramitaran ordinariamente con audiencia al demandado, casi con toda seguridad no cumplirían el objeto al que van encaminadas.

En lo referente a los requisitos para la adopción de dichas medidas cautelares serán los mismos que para cualquier otro procedimiento, y vienen especificados en el art. 728 LEC, cuales son el peligro de mora procesal, la apariencia de buen derecho y el ofrecimiento de caución. No obstante, en relación a este último, se debe tener en cuenta quien es el actor en la demanda, pues si la acción la ejercita el MF en nombre del menor no existe la necesidad ni de ofrecimiento ni de constitución de caución en virtud del art. 12 de la Ley 52/1997 de Asistencia Jurídica del Estado que exime de éste requisito entre otros “a los órganos constitucionales”, debiendo incluirse conforme al art. 2 LEOMF como tal al MF, al calificarlo como órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia. Por el contrario, si son los progenitores quienes ejercitan la acción, el principio general que regirá para ellos es el de la necesidad de ofrecimiento y constitución de caución. En esta línea, se resuelve el Auto de la AP de Madrid, Sección 19, de 21 de septiembre de 2009<sup>967</sup>. Sin embargo, en aplicación de la doctrina señalada por distintas AP al interpretar el art. 728.3 LEC, en última instancia, corresponderá al órgano judicial valorar si el solicitante de la medida cautelar presta caución o no. Por mi parte, considero que en los supuestos de protección de derechos de menores sería de aplicación dicha doctrina y en la mayoría de los casos podría eximirse de la citada caución, siendo ilustrativo al respecto el Auto de la AP de Las Palmas, Sección 5ª, de fecha 29 de mayo de 2007<sup>968</sup>.

---

<sup>967</sup> AC 2010/810, Además de los más arriba indicados, establece en su nº 3 que “salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar prestará caución suficiente...” de modo tal que se precisa la prestación de caución salvo que exista norma expresa en contrario”.

<sup>968</sup> La Ley Juris 2728959/2007, cuando dice “Ahora bien, en el caso presente este Tribunal estima correcta la exención de caución por las razones que a continuación se exponen. Esta Sala, a diferencia de lo que expone la AP de Madrid en el Auto antes referido, se decanta por la interpretación del art. 728.3º en el sentido de que no restringe a los supuestos de expresa disposición legal la exención de la prestación de caución, sino que contempla la posibilidad de que el órgano jurisdiccional sea el que expresamente disponga esta exención en el Auto en el que se acuerde la adopción de la medida cautelar”.

**CAPÍTULO CUARTO: EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE PROTECCIÓN FRENTE A  
LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD,  
PROPIA IMAGEN Y PROTECCIÓN DE DATOS DEL MENOR**

---

Finalmente, contra el Auto que acuerde o deniegue las medidas cautelares o por el que se levanten las acordadas inaudita parte o se confirmen éstas, en virtud del art. 735 LEC, cabe interponer recurso de apelación ante la AP sin efectos suspensivos.

### **3. LA TUTELA JUDICIAL DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN DEL MENOR.**

#### **3.1 EL JUICIO ORDINARIO Y SU CARÁCTER PREFERENTE**

Como con anterioridad he apuntado, la entrada en vigor de la LEC ha supuesto un giro copernicano en lo que a las acciones civiles de protección de los derechos de la personalidad se refiere. Y así, el art. 249.1.2º LEC<sup>969</sup> recoge expresamente el procedimiento y su características en lo que a los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen en la jurisdicción civil atañe. Remitiéndose al Juicio ordinario que se regula en el Libro II, Título II, Capítulos I, II, III, IV, arts. 399 a 436. Se debe precisar, que se trataría de un juicio ordinario por razón de la materia y no de la cuantía, la cual no influye a la hora de determinar el procedimiento a seguir, o de admitir el recurso de casación (tan solo influye a la hora de cuantificar las costas impuestas a la parte vencida).

Ahora bien, con carácter previo a incoar el citado juicio, el MF puede llevar a cabo diligencias preprocesales encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye tal y como se recoge en el art. 5 párr. último LEOMF. De tal forma, que el Fiscal puede utilizar estas diligencias para recabar los datos que considere de interés al preparar la demanda civil o para decidir si tal demanda debe o no presentarse, e incluso serán utilizadas para oír al menor y en

---

<sup>969</sup> Art. 249.2 “*Las que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, salvo las que se refieran al derecho de rectificación. En estos procesos, será siempre parte el MF y su tramitación tendrá carácter preferente*”.

su caso a los progenitores, cuando proceda valorar todas las circunstancias antes de decidir el ejercicio de las acciones. Además, en virtud del art. 10 LOPJM, el menor puede poner en conocimiento del MF las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que promueva las acciones oportunas, con la consecuente incoación de las correspondientes diligencias preprocesales<sup>970</sup>.

Dos novedades relevantes que surgen a la hora de incoar un juicio ordinario de esta materia son en primer lugar, el art. 4.1.b) de ley de Tasas 10/2012 de 20 de noviembre por la que se regula determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, dispone que estarán exentos de tasa los procedimientos para la protección de derechos fundamentales, por consiguiente, se les exime del pago de tasa judicial alguna. En segundo lugar, el art. 404 LEC (modificado por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina judicial y la Ley 37/2011, de 10 de octubre de medidas de agilización procesal), otorga facultad a los secretarios judiciales, denominados actualmente letrados de la administración de justicia, para admitir las demandas de juicio ordinario, incluidas las de protección de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. A sensu contrario, su inadmisión sigue correspondiendo exclusivamente al juzgador.

Finalmente, no nos debemos olvidar que el citado procedimiento, en cumplimiento del art. 53.2 CE, tiene un carácter preferente tanto en la tramitación frente al resto de procedimientos que puedan ejercitarse ante el juzgado de primera instancia competente, como en la ejecución provisional de las sentencias en las que se tutelen derechos fundamentales (art.524.5º LEC).

### **3.2. LA COMPETENCIA TERRITORIAL**

---

<sup>970</sup> SANCHO CASAJUS, C., "Los derechos de la personalidad de los menores en Aragón", [www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros](http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros), p. 99.

**CAPÍTULO CUARTO: EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE PROTECCIÓN FRENTE A  
LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD,  
PROPIA IMAGEN Y PROTECCIÓN DE DATOS DEL MENOR**

---

En cuanto al fuero territorial, es decir, donde deberá ejercitarse la acción de protección de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, el art. 52.6º LEC fija que será competente el tribunal del domicilio del demandante, y cuando no lo tuviere en territorio español, el tribunal del lugar donde se hubiera producido el hecho que vulnere el derecho fundamental de que se trate. Se deduce de lo anterior, que se trata de un fuero imperativo u obligatorio que es el del domicilio del demandante, en este caso el del menor, sin posibilidad alguna de aplicación de las reglas de la sumisión expresa o tácita (art. 54.1º LEC) y la obligatoriedad de apreciación de oficio de la competencia territorial (art. 58 LEC). A pesar de todo, si el demandante tiene su domicilio fuera del territorio nacional, se recoge un fuero especial que es el domicilio del lugar donde hubiere ocurrido el hecho que vulnere los derechos al honor, a la intimidad y a la imagen del menor. Coincide toda la doctrina, que su justificación está en la protección de la parte más débil de la relación jurídica<sup>971</sup>, ya que el fuero general del domicilio del demandado supondría una gravosa condición para quien pretendiera defender el derecho fundamental infringido, pues no debemos olvidar que los derechos de la personalidad normalmente son vulnerados por grandes empresas de comunicación o de divulgación, cuyo domicilio legal suele estar en el extranjero, con el consiguiente gravamen para el perjudicado por la violación del derecho para el caso de tener que acudir a un tribunal fuera de su domicilio.

Cuestión aparte podría suscitarse cuando quien ejercite la acción en defensa de los citados derechos del menor sea el MF<sup>972</sup>, ya que éste como ente del estado carece de domicilio propio. Pese a ello, se debe entender (dado que su intervención se realiza en beneficio y en representación de una persona que carece en ese momento de la capacidad jurídica para ejercitarla), que el fuero territorial debe ser siempre el del

---

<sup>971</sup> DE LA ROSA CORTINA, J.M., afirma que "...parece que este nuevo fuero trata de reforzar ala posición jurídica del demandante, normalmente la parte procesal más débil en el pleito contra el medio de comunicación, permitiéndole entablar el combate procesal ante los juzgados de su propio domicilio", ob. cit., p. 42.

<sup>972</sup> Vid. Instrucción punto 9, párr. IV a IX.



domicilio del menor, y si éste tuviera su domicilio habitual fuera del territorio español pero la intromisión se hubiera producido en España, sería el domicilio del lugar donde se hubiera producido dicha vulneración (por ejemplo el de la emisión en una televisión local o autonómica de imágenes lesivas será el domicilio del lugar de dicha población o CCAA; y en el caso de una publicación, el del lugar en el que se hubiera difundido o vendido principalmente ésta)<sup>973</sup>. En ese sentido, cabe citar la SAP de Las Palmas de fecha 20 de enero de 2004<sup>974</sup> que establece el domicilio del afectado y donde desarrolla su vida de relación social en el caso de lesión del derecho al honor independientemente de la ubicación del servidor. En todo caso, el fuero aplicable deberá tender siempre al principio *pro actione*, y beneficiar al ofendido o vulnerado en su derecho fundamental sin que la cuestión de competencia pueda dar lugar a un beneficio para el infractor.

En suma, y como novedad ya adelantada en el anterior apartado, presentada demanda de juicio ordinario, el letrado de la Administración de justicia examinará la competencia territorial, previa audiencia del MF y de las partes personadas. En caso negativo, es decir, si entiende que es incompetente, dará cuenta al juez para que resuelva lo que proceda mediante Auto, y si en él se declara la incompetencia, remitirá en su caso las actuaciones al Tribunal que considere territorialmente competente.

---

<sup>973</sup> La Fiscalía territorial que venga en conocimiento de hechos que en principio puedan obligar al ejercicio de acciones, a través de las diligencias preprocesales habrá de practicar gestiones para determinar el fuero aplicable, en caso de controversia entre diferentes Fiscalías, por razón de la competencia para conocer los hechos, habrá de aplicarse *mutatis mutandis* los criterios establecidos por la Instrucción General del Estado 2/2000, de 27 de diciembre, de manera que de no existir acuerdo en sus comunicaciones, se remitirá copia de ella con informe para su resolución al Fiscal Jefe de la Fiscalía del TSJ, si la misma fuera órgano fiscal superior común. De lo contrario, la remisión se efectuará a la Fiscalía General del Estado. El superior jerárquico sin más trámites decidirá lo que proceda en orden a la atribución de competencia. SANCHO CASAJUS, ob. cit., p. 100.

<sup>974</sup> AC 2004, 129 *"En el caso de publicaciones en medios de difusión masiva, como los contenidos audiovisuales emitidos por la red informática Internet, el lugar de difusión y de producción del daño puede ser mundial, pero principalmente acaecerá, en el caso de lesiones del derecho al honor, allí donde el afectado tiene su domicilio y desarrolla su vida de relación social, que es donde la sociedad le atribuye su reputación o fama. Por tanto, al margen de que no se acredita el lugar de emisión del servidor – la terminación ".com" de la página web no es definitiva al respecto, pues servidores de ubicación en España pueden comprar dominios pertenecientes al sufijo ".com", el lugar de producción del hecho, la difusión más relevante de la información en lo que constituye de ataque a los derechos objeto de protección en esta litis, tiene lugar en España y en concreto en el partido judicial del dominio del actor, que es pues el "fórum delicti comisi". A mayor abundancia, conforme al art. 21 de la LPOJ, son competentes los Tribunales españoles en el orden civil, en materia de reclamaciones de daños y perjuicios cuando el autor del hecho y la víctima residan en territorio español, lo cual sucede en este caso"*.

**CAPÍTULO CUARTO: EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE PROTECCIÓN FRENTE A  
LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD,  
PROPIA IMAGEN Y PROTECCIÓN DE DATOS DEL MENOR**

---

### **3.3. LA CADUCIDAD DE LAS ACCIONES CIVILES**

Cabe mencionar que para el ejercicio de las acciones civiles de protección frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, de conformidad con el art. 9.5 LOPDH<sup>975</sup>, se establece un plazo de cuatro años de caducidad, el cual en ningún caso quedará interrumpido por la incoación de actuaciones penales por los mismos hechos, como así lo avalan las SSTS 29 de abril de 2009<sup>976</sup>, de 25 de febrero de 2013<sup>977</sup>. Dicha doctrina destaca por tanto, que acudir a la vía penal no excluye la posibilidad de hacerlo a la vía civil, y por otro, que el mero hecho de acudir a la vía penal no afecta al transcurso del plazo de caducidad de cuatro años previsto para el ejercicio de la acción civil correspondiente. Asimismo, la STS de 9 de julio de 2014<sup>978</sup> reitera que tal plazo resulta controlable de oficio, lo que supone un límite a la prohibición de plantear cuestiones nuevas. Y la STS de 16 de julio de 2015<sup>979</sup> añade que tampoco se quedará interrumpida por la

---

<sup>975</sup> Art. 9.5" *Las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas*".

<sup>976</sup> STS 29 de abril de 2009 Rec. 325/2006 (unificación de doctrina) "1. <sup>o</sup>) El plazo de cuatro años establecido en el art. 9.5 de la LO 1/1982 es de caducidad, como claramente expresa el propio precepto, y por tanto no se interrumpe por la incoación de actuaciones penales por los mismos hechos. Se reitera, en consecuencia, la jurisprudencia de esta Sala al respecto que en su momento fue declarada conforme con la Constitución por el Tribunal Constitucional. 2. <sup>o</sup>) Si la acción civil fundada en la LO 1/82 se ejercita antes de transcurrir dicho plazo de cuatro años, no procederá apreciar su caducidad ni tampoco su extinción. Se rectifica, por tanto, el criterio aplicado por algunas sentencias de esta Sala, ya reseñadas, y se coincide así con lo resuelto por el Tribunal Constitucional en su sentencia 236/2006, de 17 de julio. 3. <sup>o</sup>) En cambio, si la demanda civil fundada en la LO 1/82 se interpone después de vencido el referido plazo de cuatro años, procederá apreciar su caducidad aunque todavía estén pendientes actuaciones penales por los mismos hechos. 4. <sup>o</sup>) Por tanto, si dichas actuaciones penales finalizaran después de cuatro años sin sentencia condenatoria y, además, el ofendido no se hubiera reservado la acción civil expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, la acción civil fundada en la LO 1/82 habrá caducado. 5.<sup>o</sup>) Finalmente, si hubiera mediado reserva expresa de la acción civil para ejercitarla después de terminado el juicio criminal y éste hubiera terminado por sentencia condenatoria, entonces la acción civil ejercitable por el perjudicado, haya transcurrido o no el plazo de cuatro años, no será ya la fundada en la LO 1/82, por más que sus criterios sean aplicables para fijar la indemnización (art. 1.2), sino la nacida del delito o falta declarada por la jurisdicción penal; es decir, la contemplada en el art. 1902 CC (LA LEY 1/1889), que en la mayoría de las ocasiones estará sujeta al plazo de prescripción de un año establecido en el art. 1968.2.<sup>o</sup> del mismo Cuerpo legal para la acción de responsabilidad civil por injuria o calumnia".

<sup>977</sup> LA LEY 7991/2013, Rec. 1960/2010.

<sup>978</sup> Resolución. 406/2014, Rec.330/2012. Ponente Francisco Javier Orduña Moreno.

<sup>979</sup> ROJ STS 3225/2015, Rec. 242/2014.

incoación de un expediente administrativo sancionador por infracción de las normas sobre protección de datos.

### **3.4. CAPACIDAD PARA SER PARTE, CAPACIDAD PROCESAL y LEGITIMACIÓN**

El art. 6.1 LEC recoge que podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles las personas físicas. Añade el art. 7 que sólo podrá comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. Las personas físicas que no se hallen en el caso del apartado anterior habrán de comparecer mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la ley.

En relación a los menores de edad, nada se dice, pero de lo anterior, se puede afirmar que éstos tienen capacidad para ejercitar acciones en defensa de sus derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen y para el caso de tener corta edad o inmadurez, contarán con el auxilio de sus representantes legales que completarán su capacidad.

#### **3.4.1. La legitimación activa**

Conforme regula el art. 10 LEC *“Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso”*.

En los supuestos en que se ejercite la acción por vulneración de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor, la legitimación presenta dos vertientes, una fundamental referida a la legitimación activa cuando se produce una vulneración en los citados derechos del menor de edad, y otra, quizá menos usual pero que hoy en día con la difusión de la intimidad e imagen en Internet o redes sociales puede producirse, la legitimación pasiva, cuando es un menor quien atenta contra la propia intimidad e imagen de otro.

**CAPÍTULO CUARTO: EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE PROTECCIÓN FRENTE A  
LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD,  
PROPIA IMAGEN Y PROTECCIÓN DE DATOS DEL MENOR**

---

En los caso de legitimación activa, el principio general es el de la patria potestad (art. 154 y ss. CC) para los padres y progenitores, debiendo tener en cuenta también a estos efectos el tenor de lo establecido sobre la adopción (art. 175 y ss. CC) y la guarda y acogimiento del menor (art. 172 y ss. CC). A su vez, la excepción es la del tutor legal cuando el menor esté sometido a tutela (art. 4.4 y 4.5 LOPJM).

Ahora bien, al margen del citado principio general, y conforme al art. 4.2 y 4 LOPJM<sup>980</sup>, se le reconoce al MF<sup>981</sup> legitimación activa siempre, es decir, podrá instar por sí mismo la demanda que pretenda la tutela de estos derechos de la personalidad, pues excepcionalmente tiene una legitimación activa específica y directa que se encuentra desarrollada en el punto 4 de la Instrucción 2/2006<sup>982</sup> en la que se recogen los principios básicos que deben regir el ejercicio de las acciones por el MF, ya que pueden darse supuestos en los que exista confrontación entre la postura mantenida por los progenitores y el MF o incluso diversas razones puedan desaconsejar el ejercicio de acciones en defensa de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor. En todo ello, subyace un principio básico y elemental que debe presidir invariablemente la actuación del MF, bien actuando autónomamente o en conjunto con quienes ostenten la patria potestad, y que no es otro que el supremo valor del “interés superior del menor”.

Además de lo anterior, el MF por imperativo legal intervendrá permanentemente y preceptivamente en tales procesos que se insten al amparo de la LOPDH, aun cuando no ejercite la acción conforme establece el art. 249.1.2º LEC. A modo de ejemplo resulta interesante citar la SAP de Asturias, Sección 7ª, de fecha 31

---

<sup>980</sup> STS de 31 de mayo de 2011 (RJ 2011, 5710).

<sup>981</sup> Párrafo último del Art. 5 EOMF dispone además que podrá el MF incoar diligencias preprocesales encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye.

<sup>982</sup> Vid. Instrucción punto 4º.

de octubre de 2003<sup>983</sup>, en la que la parte demandada alegaba falta de legitimación de la madre para ejercitar una acción fundada en la vulneración del derecho al honor y a la propia imagen de sus dos hijos menores de edad conforme el art. 162 CC<sup>984</sup>. Asimismo, la sentencia del TS de 8 de septiembre de 2009<sup>985</sup> en la que se apreciaba falta de legitimación activa del padre del menor al no haber formulado la demanda en representación de su hijo menor.

Finalmente, y en relación a Internet, según el art. 31 LSSI tienen legitimación activa para iniciar una acción de cesación de actividad “... *cualquier persona física o jurídica que sea titular de un derecho o interés legítimo, grupos de consumidores y usuarios y sus asociaciones públicas o privadas y el MF, conformidad al art. 7 del EOMF*”<sup>986</sup>. Por su parte, DE LAMA AYMÁ<sup>987</sup> extiende tal legitimación, en primer lugar, a los representantes legales del menor cuyos derechos hayan sido lesionados pues aunque no son los titulares de tales derechos sí tienen legitimación para defenderlos en juicio y tienen también un interés legítimo en que los bienes jurídicos de la personalidad del menor no sean vulnerados. En segundo lugar, instituciones públicas o privadas cuya finalidad sea la protección de los menores. Lógicamente no existe aquí un derecho subjetivo propio pero sí hay un interés legítimo en la protección del menor por cuanto se tiene asignada esta función social y aunque la citada ley no se refiera al Defensor del Menor de forma directa, debe incluirse como institución pública, pues, junto con el MF, es la figura que más directamente se encarga de la tutela de los menores. En tercer lugar, asociaciones que tengan relación con menores por lo que ostenten un interés legítimo en su protección. En lo atinente a las pautas de actuación de los fiscales, la Instrucción 2/2006 en su punto 13 las desarrolla incluyendo los casos en los que dentro del ámbito de la LSSI tengan conocimiento de

---

<sup>983</sup> La Ley 181527/2002.

<sup>984</sup> Concluía que “...la legitimación activa del MF no es, como en otros ámbitos, subsidiaria de la que corresponde a los representantes legales del menor, sino concurrente con la misma. Sostener que es excluyente, que los padres y tutores no pueden accionar para la protección de los derechos de la personalidad del menor, parece un exceso poco acorde tanto con la letra como con el espíritu de la ley”.

<sup>985</sup> RC 2049/2006, Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz.

<sup>986</sup> Ley 5071981, de 30 de diciembre.

<sup>987</sup> DE LAMA AYMÁ, ob. cit., p. 329.

**CAPÍTULO CUARTO: EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE PROTECCIÓN FRENTE A  
LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD,  
PROPIA IMAGEN Y PROTECCIÓN DE DATOS DEL MENOR**

---

la existencia de una página web cuyos contenidos vulneran los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor.

### **3.4.2. La legitimación pasiva**

En cuanto a la legitimación pasiva o sujetos responsables en la intromisión ilegítima, pueden existir supuestos en los que la determinación de la persona o personas que han intervenido en la misma sea plural y deba decidirse sobre el carácter solidario o no de dicha responsabilidad. Pero se observa que ni la LOPDH ni la LOPJM, aportan elementos de juicio necesarios para determinar quiénes pueden ostentar la legitimación pasiva en estos procedimientos.

Y si bien hay supuestos de intromisión en los que no cabe albergar ninguna duda respecto de quien es el sujeto responsable de haber atentado contra los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor, por ejemplo una campaña publicitaria de una empresa utilizando la imagen de éste. Por el contrario, pueden existir otros en los que no se puede determinar quiénes son los sujetos responsables, como en el caso de Internet y redes sociales en las que participan diversas personas.

Así, cuando la vulneración de los derechos al honor, a la intimidad y a la imagen se produce en la prensa y medios audiovisuales el art. 65.2 de la Ley 14/1966 de 18 de marzo de prensa e imprenta, extiende la responsabilidad civil a los autores, directores, editores, impresores e importadores o distribuidores de impresos. Y en esa línea, han resuelto las SSTC nº171/1990<sup>988</sup> y nº172/1990<sup>989</sup>, ambas de 12 de noviembre, y la STS de 10 de julio de 2003<sup>990</sup>. De tal forma, que cuando intervienen varios sujetos en la intromisión se reconoce la responsabilidad directa y solidaria a todos los intervinientes en el proceso de elaboración de la información o de divulgación de la

---

<sup>988</sup> RTC1990/171.

<sup>989</sup> RTC 1990/172.

<sup>990</sup> RJ 2003, 4624.

misma. Incluso, cuando las noticias que han supuesto la intromisión no sean de elaboración propia sino adquiridas a terceros (particulares o agencias de noticias). Únicamente, se ha aceptado la individualización de conductas dejando al margen la responsabilidad de algunos sujetos intervinientes cuando ni siquiera la culpa in vigilando o in eligiendo pueda ser atribuida a éstos, (exclusión de la responsabilidad de impresores cuando no existe dominio alguno sobre el contenido de los reportajes que se recogen en la publicación). A estos efectos, es suficientemente elocuente el punto 12 de la Instrucción 2/2006, en el que se recogen unas pautas para la determinación de la legitimación pasiva y además ahonda en el concepto de responsabilidad directa y solidaridad de todos los intervinientes en el acto lesivo<sup>991</sup>. En cambio, cuando la vulneración de los citados derechos se produce en Internet o en las redes sociales, además de la persona que divulgue las imágenes causantes de la violación, igualmente puede ser responsable el prestador del servicio de Internet donde se han difundido, página web, red social, etc. como así lo consagra el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona, de fecha 25 de junio de 2009<sup>992</sup>.

Por lo que refiere a la legitimación pasiva del menor<sup>993</sup>, cuando sea éste quien realice actos que puedan atentar contra los derechos al honor, a la intimidad y la imagen de otro menor, se plantea la duda sobre la posibilidad de que pueda ser susceptible de enjuiciamiento desde el punto de vista civil, dado la falta de capacidad

---

<sup>991</sup> Vid. Instrucción punto 12.

<sup>992</sup> AC 2009/1737, dice *"...a mayor abundamiento, cabe indicar que se aprecia un incorrecto planteamiento de la relación jurídico procesal, pues la suspensión del servicio de Internet solicitado por el demandante, requiere la presencia en el juicio del prestador del servicio"*.

<sup>993</sup> DE LA ROSA CORTINA, considera que los menores pueden ser sujetos activos y responsables de la intromisión, sin perjuicio de que la responsabilidad civil se extienda a sus representantes legales. A estos efectos, siempre que el menor pueda ser calificado como imputable civilmente, cabría fundamentar su responsabilidad directamente. En todo caso, a la hora de abordar el concepto de inimputabilidad civil la doctrina constata que no tiene consagración legal expresa, por lo que habrá de estarse a las circunstancias del caso concreto y del menor concreto. Lo que ocurre en la práctica es que solamente se suele demandar a los representantes legales y no al menor. En el caso analizado por la STS de 13 de octubre de 1998 los menores Manuel y Jorge (de 14 años, los dos) tenían en su poder una fotografía del menor Mariano (también de 14 años de edad), totalmente desnudo, de frente cuando se encontraba duchándose y publicaron, sin autorización del referido menor, dicha fotografía (o facilitaron su publicación) en un tablón de anuncios de la Plaza Mayor de Baza. En este caso, se condenó por infracción de este derecho a indemnizar solidariamente a los padres de los menores. En el caso de ejercer acciones contra el menor civilmente imputable, la demanda debe dirigirse contra los menores y sus representantes legales, al carecer aquellos de capacidad de obrar procesal. Ob. cit., pp. 39-40-41.

**CAPÍTULO CUARTO: EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE PROTECCIÓN FRENTE A  
LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD,  
PROPIA IMAGEN Y PROTECCIÓN DE DATOS DEL MENOR**

---

de obrar que éstos tienen<sup>994</sup>. En cualquier caso, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria se decanta por reconocer la existencia de legitimación pasiva del menor, debiendo en su caso dirigirse las acciones que se ejerciten, siempre contra el menor o los menores responsables y sus representantes legales.

### **3.5. LA CARGA DE LA PRUEBA**

El procedimiento se desarrollará conforme a las normas recogidas en la LEC para el juicio ordinario en todo lo que se refiere a sus fases (demanda, contestación, audiencia previa y juicio oral) así como a su normativa referente a la práctica y desarrollo de la prueba.

En cuanto a la carga de la prueba en este tipo de juicios, corresponde demostrar la falsedad de la intromisión ilegítima a quien ha provocado la vulneración en el derecho, no a quien la ha sufrido. Además, para la protección civil de los derechos al honor, intimidad y propia imagen, no se precisa la existencia de dolo o culpa en el atacante<sup>995</sup>.

Ahora bien, con las nuevas tecnologías a partir de la Sentencia del TS de 19 de mayo de 2015 se sientan las bases de una doctrina sobre la prueba obtenida a través de mensajes en redes sociales que sirven tanto para los procesos civiles como penales, y la novedad reside en que la carga de la prueba corresponderá a la parte que lo aporte, quien deberá demostrar la autenticidad de las conversaciones con el correspondiente informe pericial<sup>996</sup> y así lo reitera la Sentencia de 27 de noviembre

---

<sup>994</sup> Vid. SAP de Asturias nº 527/1999, Sección 1ª, de 5 de octubre de 1999.

<sup>995</sup> Vid. SAP de Cáceres nº 550/2012, Sección 1ª, de 20 de diciembre de 2012.

<sup>996</sup> SAÉZ-SANTURTÚN PRIETO, M., "La prueba obtenida a través de los mensajes en redes sociales a raíz de la STS de 19 de mayo de 2015", *Diario La Ley*, 3 noviembre 2015, p. 4. La Sentencia del TS de 19 de mayo de 2015, viene a arrojar algo de luz sobre la autenticidad de los whatsapp en juicio cuando éstos son impugnados siendo imprescindible en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esta comunicación, la identidad de los interlocutores, y la integridad de su contenido.



de 2015<sup>997</sup>, llegando a la conclusión clara y contundente de que quien alega el pantallazo, la conversación grabada vía skype, la conversación google, o cualquier red social, tiene que soportar el medio de prueba pertinente, es decir, la prueba pericial informática de no manipulación.

En ese sentido, señala CARRETERO SÁNCHEZ<sup>998</sup> la necesidad de que el Estado deberá apoyar a la Justicia con una nueva ley de peritaje informático, garantizando la deontología de los técnicos, la veracidad de las pruebas presentadas y el respeto por el Estado de Derecho por muchas que sean las innovaciones y malos usos que se puedan hacer de las denominadas redes sociales.

### 3.6 LA EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD PROCESAL

El principio de publicidad procesal está consagrado solemnemente en el art. 120 CE<sup>999</sup> y si esta previsión no fuera suficiente el art. 24 CE reconoce además el derecho a un proceso público. Nuestro TC, ha reconocido el citado principio en numerosas sentencias, entre las que cabe destacar la STC 30/82 de 1 de junio<sup>1000</sup>. Sin embargo, puede verse limitado cuando entren en juego o se ponen en riesgo otros principios igualmente importantes en el procedimiento judicial, tales como el respeto a la autoridad judicial, la preservación de la independencia judicial o el derecho de la presunción de inocencia.

---

<sup>997</sup> En esta resolución se señalaban los requisitos para ponderar como prueba de cargo las conversaciones mantenidas por sistemas de mensajería instantánea aportadas a la causa mediante archivos de impresión, habida cuenta de la posibilidad de una fácil manipulación de los archivos digitales, ordenando para constatar su autenticidad que la carga de la prueba sobre tales conversaciones recaiga sobre quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria, siendo indispensable la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y la integridad de su contenido, salvo cumplido reconocimiento o prueba testifical que acredite la remisión.

<sup>998</sup> CARRETERO SÁNCHEZ, S., "Las redes sociales y su impacto en el ataque a los derechos fundamentales: aproximación general", *Diario La Ley*, nº 8718, Sección Doctrina, 9 de marzo de 2016, p. 21.

<sup>999</sup> Art. 120 "Las actuaciones judiciales serán públicas con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento".

<sup>1000</sup> "... el principio de publicidad en los juicios implica el que estos sean conocidos más allá del círculo de los intervinientes, debiendo tener una proyección general que puede hacerse efectiva incluso con la presencia y asistencia a los mismos de los medios de comunicación social, y con la difusión que estos hagan de la noticia en los distintos medios".

**CAPÍTULO CUARTO: EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE PROTECCIÓN FRENTE A  
LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD,  
PROPIA IMAGEN Y PROTECCIÓN DE DATOS DEL MENOR**

---

En el caso de que esté involucrado un menor, prevalece la protección de la juventud y la infancia como límite de los derechos comunicativos y el interés superior del menor y supone un claro ejemplo de limitación a dicha publicidad procesal. Y así, lo determina el art. 232 LOPJ<sup>1001</sup> al limitar el ámbito de la publicidad del proceso y acordar el carácter secreto de todas o parte de la actuaciones de forma general, y a mayor abundamiento el art. 138.2 LEC, reconoce expresamente esa limitación a la publicidad cuando en el proceso intervengan menores al afirmar que *“Podrán no obstante celebrarse a puerta cerrada cuando ello sea necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan”*.

En consecuencia, cuando el procedimiento afecte a un menor, uno de los principios básicos cual es el de la publicidad procesal, desaparece y se convierte en una excepción, máxime cuando se vulneren los derechos al honor, a la intimidad y a la imagen del menor.

### **3.7. LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA SENTENCIA**

La sentencia debe recoger como pronunciamiento esencial la propia declaración de haberse infringido el derecho fundamental y producido su intromisión ilegítima y a su vez, las medidas reparatorias de difusión pública de la sentencia e indemnización que se pueda conceder por el daño producido.

El art. 9.2 LOPDH, define en qué consistirá la tutela judicial que se recabe de los tribunales cuando se ejerciten acciones tendentes a la protección de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor. Ésta comprenderá la adopción

---

<sup>1001</sup> 232.3 *“Excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los Jueces y Tribunales, mediante resolución motivada podrán limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones”*. LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y en particular las indispensables para restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, el cese inmediato de la intromisión ilegítima y la reposición al estado anterior. En caso de intromisión en el derecho al honor, el restablecimiento incluirá, además del derecho de réplica, la publicación total o parcial condenatoria de la sentencia con al menos igual difusión pública que tuvo la intromisión<sup>1002</sup>.

Como se puede apreciar, el citado precepto no establece un “número clausus” de medidas, a mi juicio lo que hace es resumir eficazmente aquellas declaraciones o condenas que pueden contener el fallo la sentencia que se dicte en estos procedimientos. Por lo tanto, además de declarar que se ha producido la vulneración de los derechos de la personalidad del menor, podrán incluirse condenas a los causantes del daño no solo para su reparación sino para su cese<sup>1003</sup>. Así, en el caso del derecho al honor, en la sentencia se restablecerá el derecho violado, se permitirá el derecho de réplica, y se publicará total o parcialmente la sentencia condenatoria a costa del condenado con igual difusión pública que tuvo la intromisión sufrida conforme a la Disposición final segunda de la Ley 5/2010, que modificó la LOPDH<sup>1004</sup>. En relación al derecho a la propia imagen, habrá que diferenciar si es una condena de hacer, en cuyo caso podrá constar en su sentencia la retirada de publicidad en la que

---

<sup>1002</sup> En los casos de publicación total de la Sentencia, cabe destacar la STS 21 de enero de 2013 “*De la jurisprudencia dictada por esta Sala a propósito del artículo 9.2 LPDH se deduce que corresponde a la víctima de la intromisión ilegítima en los derechos fundamentales la petición de que se proceda a la difusión de la sentencia; el órgano jurisdiccional ante el que se formula la petición debe atender a las circunstancias concretas de cada caso (STS de 29 de abril de 2009 y habrá de valorar si la difusión de la sentencia es ajustada a la proporcionalidad del daño causado, bastando, por lo general, con la publicación del encabezamiento y del fallo, especialmente si se trata de publicaciones impresas (SSTS, entre otras, de 25 de febrero y 9 de julio de 2009)*”.

<sup>1003</sup> La STS 4 de octubre de 2012, Rec. IP 314/2012 “*El art. 9.2 LPDH comprende una tutela reparadora y una tutela inhibitoria como acción de cesación y abstención, es decir, la prohibición del demandado de repetir en el futuro una conducta idéntica o análoga. La petición de que en lo sucesivo se abstengan de vulnerar el derecho al honor de D.ª Serafina, a fin de evitar intromisiones ulteriores se encuadra en la denominada tutela de abstención. Según la STS de 11 de febrero de 2005, Rec. 351/2001, las medidas preventivas a que se refiere el artículo 9 LPDH forman parte de la tutela cautelar, de naturaleza provisional, a lo que podría sumarse que la imposición del respeto a la ley y a los derechos fundamentales en particular dimana directamente de la norma jurídica, y constituye un imperativo del deber de respeto a la ley, y no nace, salvo casos excepcionales, de un fallo judicial*”.

<sup>1004</sup> Se limitó la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria en aquellos casos en que se produce una vulneración del derecho al honor, pero no a aquellos supuestos en que la vulneración se produce sobre la intimidad y la propia imagen.

**CAPÍTULO CUARTO: EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE PROTECCIÓN FRENTE A  
LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD,  
PROPIA IMAGEN Y PROTECCIÓN DE DATOS DEL MENOR**

---

se esté utilizando la imagen de un menor y en la que se haya vulnerado su imagen. Asimismo, se podrá paralizar la distribución de cualquier producto que pudiera ser atentatorio a dicha imagen etc. Si es una condena de no hacer, podrá recoger la abstención de realizar una determinada publicación en la que se pensara publicar imágenes que vulneraran este derecho del menor como prohibir, usar o hablar en programas televisivos de determinadas imágenes o vídeos en los que apareciera un menor, etc. Igualmente, se podrá condenar la publicación o difusión de la sentencia a costa del condenado, en uno o varios diarios del ámbito territorial donde se considere pudo haber tenido trascendencia la lesión del derecho, o bien en la misma publicación donde se originó, o en su caso, a su radiodifusión o emisión televisiva si se hizo la infracción por estos medios y con la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida. No obstante lo anterior, esta publicación en determinados supuestos podría llegar incluso a ser contraproducente respecto a los derechos del menor por cuanto que dado el tiempo transcurrido entre los hechos y la sentencia o por otras circunstancias análogas sería reabrir de nuevo la problemática suscitada con la violación del derecho producido y contribuir con ello a que pudiera suceder otra vez hasta afectar personalmente al estatus social que en ese momento pudiera ostentar el menor afectado. En este sentido, concluye la Instrucción 2/2006, que en función de las circunstancias de cada caso puede la sentencia publicarse total o parcialmente e incluso no publicarse cuando sea contraria al interés del menor<sup>1005</sup>.

---

<sup>1005</sup> Dado el tiempo transcurrido entre los hechos o la sentencia o por otras circunstancias (conforme al art. 9.2 LO 1/82) la tutela judicial comprenderá la difusión de la sentencia. Sin embargo, las características propias de los menores hacen necesario matizar la aplicación de tal precepto. La difusión de la sentencia en el medio generalmente no contribuirá a la reparación del daño, sino que, por el contrario, puede trasladar de nuevo a la opinión pública los hechos que se han considerado perjudiciales para el menor. Dependiendo de las concretas circunstancias concurrentes los Sres. Fiscales postularán, bien una publicación parcial de la sentencia, evitando perjuicios al menor, bien pura y llanamente, interesarán la no aplicación del art. 9.2 cuando la publicación en sí pueda ser contraria al superior interés del menor. En este sentido, se han pronunciado las SSAP Madrid, sección 13ª nº83/2003, de 14 de noviembre (AC 2004, 1165), Madrid, sección 19ª 193/1999, de 11 de marzo y Sevilla, sección 6ª nº99/2004, de 23 de febrero (JUR 2004, 105596). No obstante, debe también tenerse en cuenta que en otros supuestos la publicación de la sentencia será adecuada -y especialmente útil como mecanismo inhibitorio de reiteraciones por parte del medio- por no arrastrar adicionales consecuencias negativas para el menor (v. gr. supuestos de intromisiones en la propia imagen no acompañadas de lesiones al honor ni a la intimidad).

En lo concerniente a su apartado 3, la existencia del perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. De modo tal, que establece de forma obligatoria que la sentencia necesariamente deberá condenar a indemnizar los perjuicios causados consecuencia de la intromisión al derecho vulnerado<sup>1006</sup>. Para ello, se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión. En ese punto, la jurisprudencia tiende a diferenciar entre el daño moral strictu sensu y el indirectamente económico<sup>1007</sup>. El primero, está implícito en toda intromisión ilegítima sin necesidad de prueba. Pero para valorar el segundo, han de tenerse necesariamente en cuenta los criterios de la ponderación: circunstancias del caso y gravedad de la lesión, difusión del medio y el beneficio obtenido. De seguirse estas pautas, la cuantía de la indemnización fijada en la instancia no es revisable en casación<sup>1008</sup>.

De lo que antecede, para considerar que existe perjuicio basta estimar que hubo infracción de este derecho, y siempre que hay intromisión ilegítima hay daño por presunción legal, bien entendido que esta presunción se refiere al daño moral (no material el cual debe de ser acreditado) por lo que éste obligatoriamente ha de ser indemnizado. Y ello, con independencia de que esta indemnización deba calcularse de acuerdo con las circunstancias concretas de cada uno de los supuestos de hecho que se estén enjuiciando, en los que además de los parámetros que dicho precepto establece, como son la gravedad de la lesión, la difusión o audiencia del medio y el beneficio que haya obtenido el causante con dicha vulneración, el juzgador podrá tener otros en cuenta como son la situación económica del menor y su familia, la

---

<sup>1006</sup> Art. 9.3 "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".

<sup>1007</sup> STS 11 de julio de 2011.

<sup>1008</sup> STS 24 de julio de 2012, Rec. 280/2010. "La sentencia de primera instancia otorgó una cantidad total, sumadas todas ellas, de 310.000 euros (s.e.u.o.) realizando una descripción pormenorizada de las circunstancias fácticas del caso, atendiendo a la gravedad de la intromisión en la imagen, los beneficios obtenidos (para los que contó con un informe pericial), la repercusión mediática y los propios actos de la demandante en relación con su imagen. La demandante pretendía en apelación el incremento directo a las cantidades otorgadas, de los beneficios obtenidos por cada una de las demandadas, argumento que se reitera ante esta Sala. Las demandadas alegaron el carácter desproporcionado de la indemnización concedida. Esta Sala considera que en la resolución de primera instancia la indemnización concedida responde a una valoración objetivamente razonada y correcta de las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado, sin que se aprecie un proceder irreflexivo o no acorde a las reglas de la lógica que imponga su modificación o reducción".

**CAPÍTULO CUARTO: EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE PROTECCIÓN FRENTE A  
LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD,  
PROPIA IMAGEN Y PROTECCIÓN DE DATOS DEL MENOR**

---

situación económica de quien irrogó el daño, y cualquier otra circunstancia que estime conveniente para un adecuado resarcimiento de los perjuicios causados. La indemnización podrá ser ínfima pero a mi juicio siempre deberá de existir. Siendo aclaratorias la Sentencia de la AP de Albacete, Sección 2ª de fecha 8 de enero de 2002<sup>1009</sup>o la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Tarragona, de fecha 9 de julio de 2015<sup>1010</sup>.

Ahora bien, la indemnización que solicite el MF o sus representantes legales será siempre a favor de los menores cuyos derechos han sido trasgredidos. Para el caso de que los padres del menor también hayan sido demandados deberán interesarse simultáneamente la adopción de medidas para garantizar una administración leal de la suma que se obtenga, tal y como recoge la conclusión final 11ª de la Instrucción 2/2006. Y entre estas posibles medidas, cabría adoptar la de interesar el ingreso de la indemnización en régimen de plazo fijo bancario hasta la mayoría de edad o el nombramiento de administrador judicial, conforme a lo dispuesto en el art. 167 CC.

Finalmente, en su apartado 4 indica a qué personas corresponde el importe de la indemnización por el daño moral, y en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. Por consiguiente, los beneficiados por la indemnización de la persona fallecida serán los que hayan sido designados en el testamento otorgado por el causante, pudiendo recaer incluso tal designación en una persona jurídica. En el caso de que no exista designación alguna o

---

<sup>1009</sup> Rec. 249/2001, La Ley 9279/2002, dice que *“Sin embargo, para la concesión de tal indemnización podemos ayudarnos de varios criterios para el cálculo que permitan adecuar la misma al daño padecido atendiendo a las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión efectivamente producida para lo cual se tendrá en cuenta el beneficio económico obtenido por el demandado por la exposición del foto esmalte, que en el presente caso es muy reducido, el tiempo transcurrido desde el fallecimiento del menor (12 años); la difusión de la imagen, que en el presente caso es muy escasa, pues se limita a la exposición en el escaparate del negocio; el carácter anónimo del menor, solo conocido por un ámbito reducido de familiares y amigos”*.

<sup>1010</sup> Expone que *“En este sentido, el daño moral no puede obtenerse de una prueba objetiva y exige la utilización de un prudente criterio, resolviendo jurídicamente con pragmatismo y aproximación. En todo caso, debe tenerse claro que se indemnizará el perjuicio causado, no previendo nuestro ordenamiento jurídico una cuantificación de perjuicios de finalidad disuasoria o punitiva”*.

hubiera fallecido la persona designada, estarán legitimados para recibir la indemnización el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento, y, en su defecto, sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. Si el titular del derecho lesionado fallece sin haber podido ejercitar por sí o por su representante legal las acciones previstas en esta ley, la indemnización se entiende comprendida dentro de la herencia del perjudicado.

### **3.8. LOS RECURSOS FRENTE A LA RESOLUCIÓN DE INSTANCIA**

Dado que el enjuiciamiento de estos procedimientos corresponden al juzgado de Primera Instancia, la sentencia que éste dicte se someterá al régimen ordinario de recurso de apelación que frente a la misma recoge el art. 455 LEC, siendo competente para la resolución de dicho recurso la Audiencia Provincial de la circunscripción a la que corresponda el Juzgado de Primera Instancia que emitió la Sentencia.

La tramitación del recurso se llevará a cabo por el procedimiento ordinario que recoge los arts. 458 y ss. LEC para los recursos de apelación. Frente a la sentencia que resuelva el recurso de apelación se puede interponer siempre recurso de casación conforme al art. 477.2.1º LEC<sup>1011</sup>. Asimismo, también podrá interponerse recurso extraordinario por infracción procesal a tenor de los arts. 468 y ss.. Si se opta por interponer recurso de casación, el órgano competente es la Sala Primera del TS. Ahora bien, si se acude a la vía de interponer recurso extraordinario por infracción procesal, en unos casos y en virtud del art. 468 LEC será competente para su resolución la Sala

---

<sup>1011</sup> STS 18 de febrero de 2013, Rec. 438/2011 “Esta Sala viene reiterando que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba (SSTS de 19 de octubre de 1990, 18 de julio de 1996, 14 de julio de 2000, 15 de marzo de 2001), solo susceptible de revisión, por error notorio o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción (SSTS de 20 de octubre de 1988, 19 de febrero de 1990, 19 de diciembre de 1991, 25 de febrero de 1992, 15 de diciembre de 1994, 24 de marzo de 1998, 23 de noviembre de 1999, 5 de diciembre de 2000, 31 de enero de 2001, 25 de enero de 2002, 10 de junio de 2002, 3 de febrero de 2004, 28 de marzo de 2005, 9 de junio de 2005, 21 de abril de 2005, 17 de enero de 2006, 27 de febrero de 2006, 5 de abril de 2006, 9 de junio de 2006, 13 de junio de 2006, 16 de noviembre de 2006) o se comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la fijación del quantum [cuantía] (SSTS de 15 de febrero de 1994, 18 de mayo de 1994, 21 de diciembre de 2006)”.

**CAPÍTULO CUARTO: EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE PROTECCIÓN FRENTE A  
LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD,  
PROPIA IMAGEN Y PROTECCIÓN DE DATOS DEL MENOR**

---

de lo Civil del TSJ al que corresponda la Audiencia Provincial que dictó la Sentencia, mientras que en otros, conforme a la Disposición final decimosexta de la LEC relativa al régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios, será competente la Sala Primera del TS. En última instancia agotados los anteriores recursos ordinarios se podría interponer recurso de amparo ante el TC de acuerdo con el art. 53.2 CE y art. 9.1 LOPDH.

### **3.9. LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA**

En lo referente a la ejecución de la sentencia, se rige por el régimen general de la ejecución regulado en la LEC. Así, en el caso de los pronunciamientos de una condena de hacer, se tramitará la ejecución en base a los arts. 705 y ss. LEC; de una condena de no hacer por el art. 710 LEC; y de una condena de publicación de la sentencia en los medios de comunicación, conforme al art. 707 de la citada norma. Finalmente, si existe un pronunciamiento que condena a una indemnización, se tramitará acorde a las normas de la ejecución dineraria en virtud de los arts. 571 y ss. LEC.

Sentado lo anterior, y según el art. 524.5 LEC<sup>1012</sup>, podría optarse por solicitar la ejecución provisional de las sentencias que contengan pronunciamientos de condenas de hacer, no hacer o de publicación de la sentencia, sin necesidad de prestar caución por quien la solicite (art. 526 LEC). Sin embargo, en los pronunciamientos de carácter indemnizatorio de las sentencias que declaren la vulneración de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, se excluye la ejecución provisional (art. 525.3 LEC). Es decir, tal excepción solo alcanza al pronunciamiento de condena de carácter económico pero no al resto de pronunciamientos

---

<sup>1012</sup> Art. 524.5 *“La ejecución provisional de las sentencias en que se tutelen derechos fundamentales tendrán carácter preferente”*.



condenatorios, sobre los que sí se pueden ejecutar provisionalmente. En este sentido, resulta de especial interés el Auto del TC de 21 de diciembre de 2010<sup>1013</sup>.

Tal y como advierten SALVADOR CODERCH, RAMOS GONZÁLEZ y LUNA YERGA<sup>1014</sup> si bien la pretensión inicial de esta medida era paliar los efectos negativos que la trivialidad de los casos y la variabilidad de las indemnizaciones imponen en este ámbito, el resultado no es más que una parche al sistema que no pone fin a estos problemas sino que crea otros añadidos, pues al final se favorece indiscriminadamente al demandado en perjuicio de la víctima. Se debe tener en cuenta, que no todos los demandados son medios de comunicación ni todos los medios o responsables son insolventes para pagar la indemnización que se les imponga, que además suele adecuarse a la capacidad económica del demandado.

#### **4. EL DERECHO DE RECTIFICACIÓN DE LA INFORMACIÓN**

La Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, del Derecho de Rectificación, (LODR), responde a la necesidad de que toda persona tiene derecho a rectificar la información difundida por cualquier medio de comunicación social de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación le cause perjuicio. Estando por tanto legitimado para ejercitar el derecho de rectificación el perjudicado aludido o sus representantes legales.

---

<sup>1013</sup> RTC 2010, 204 *"Debe suspenderse la condena difundir la Sentencia en programas de la cadena demandante de amparo, tal como interesa ésta, ya que este Tribunal viene apreciando que la ejecución de la condena a la publicación de la parte dispositiva de una Sentencia, normalmente, en cuanto implica la difusión de la misma cuando aún está pendiente la resolución del recurso de amparo, es susceptible de ocasionar un perjuicio irreparable que haría perder al amparo su finalidad, caso de otorgarse posteriormente éste. Y también hemos declarado reiteradamente que la suspensión de la ejecución de la Sentencia impugnada, sólo en este extremo, no afecta a los intereses generales y, si bien supone un aplazamiento de la satisfacción de los derechos de un tercero, no representa una desaparición ni una perturbación grave de los mismos, que quedan únicamente pendientes de resolución última del Tribunal Constitucional. Por el contrario, como es reiterada doctrina de este Tribunal en procesos de amparo promovidos por los titulares profesionales de medios de comunicación invocando el derecho a la información, de no proceder a la suspensión podría quedar gravemente afectado el derecho de la recurrente si este Tribunal lo reconociese en su resolución sobre el fondo del asunto, con lo que esta decisión perdería su sentido esencial de protección de derechos fundamentales"*.

<sup>1014</sup> SALVADOR CODERCH, P., RAMOS GONZÁLEZ, S., LUNA YERGA, A., "Poder de la prensa y derecho al honor. Comentario a la reforma del art. 525 LEC", *Working Paper*, nº. 214, *Indret*, Barcelona, 2004, p. 4.

**CAPÍTULO CUARTO: EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE PROTECCIÓN FRENTE A  
LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD,  
PROPIA IMAGEN Y PROTECCIÓN DE DATOS DEL MENOR**

---

El derecho se ejercitará mediante el envío de un escrito de rectificación al director del medio de comunicación social, en los siete días naturales siguientes a la publicación o difusión de la información que se desea rectificar. El citado medio, deberá publicar o difundir íntegramente la rectificación en los tres días siguientes a su recepción, con relevancia similar a aquella en que se publicó o difundió la información que se rectifica, sin comentarios ni apostillas. En caso negativo, podrá el perjudicado ejercitar la acción de rectificación en los siete días hábiles siguiente ante el Juez de Primera Instancia de su domicilio, o ante el del lugar donde radique la dirección del medio de comunicación. No será necesaria la reclamación gubernativa previa cuando la información que se desea rectificar se haya publicado o difundido en un medio de comunicación de titularidad pública.

El ejercicio de la acción de rectificación de hechos inexactos o perjudiciales se sustanciará por los trámites del Juicio verbal conforme al art. 250.1.9º LEC, mediante un escrito sin necesidad de Abogado ni Procurador, acompañando la rectificación y la justificación de que se remitió en el plazo señalado que deberá ser examinado por el Juez a los efectos de su competencia y de juicio de valor inicial para aquellas rectificaciones que pudieran ser manifiestamente improcedentes. Si estimase que carece de competencia o que la rectificación solicitada es manifiestamente abusiva o irrelevante podrá dictar Auto dando por finalizado el procedimiento declarándose incompetente o archivando el mismo. En ambos casos, será susceptible de recurso de apelación tal y como se recoge en el art. 8. Si bien, los plazos para recurrir serán los generales de la LEC. En cualquier caso, el recurso de apelación se sustanciará sin la audiencia al demandado.

Una vez admitida la demanda y desarrollado el juicio verbal<sup>1015</sup>, el fallo de la sentencia se limitará a denegar la rectificación o a ordenar su publicación o difusión en la forma y plazos recogidos en el art. 3 LODR, imponiéndole las costas a la parte cuyos pedimentos hubiesen sido totalmente rechazados<sup>1016</sup>. La sentencia estimatoria de la petición de rectificación deberá cumplirse en sus propios términos. El objeto de este proceso es compatible con el ejercicio de las acciones penales o civiles de otra naturaleza que pudieran asistir al perjudicado por los hechos difundidos. No serán susceptibles de recurso alguno las resoluciones que dicte el Juez en este proceso.

En mi opinión, el fin de esta ley es buscar un procedimiento para dar protección a determinadas situaciones en las que se publique información bien a través de los medios ordinarios, redes sociales o internet que no sea veraz o que no se ajuste a la realidad de los hechos pero que no suponga por sí misma una intromisión ilegítima en el honor, la intimidad o la propia imagen y en cambio sí un menoscabo personal, en cuyo caso, el afectado puede tener un interés legítimo en que se corrija y, a su vez, se rectifique la información y se divulgue correctamente.

## **5. LA TUTELA EN VÍA ADMINISTRATIVA Y EN VÍA JUDICIAL DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DEL MENOR**

La LOPD en sus arts. 16, 17, 18 y 19 recogen los procedimientos para ejercitar los derechos de Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición (ARCO)<sup>1017</sup> los cuales se

---

<sup>1015</sup> Recientísima modificación del citado juicio en la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Arts. 437, 438, 440, 441, 442 y 443.

<sup>1016</sup> Cada vez es más habitual acudir a este procedimiento cuando se producen intromisiones ilegítimas a través de redes sociales. En este sentido, cabe citar la Sentencia de 11 de octubre de 2012, del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Pamplona que obligó a publicar un fallo en Twitter, plataforma en la que se cometió el acto ilícito.

<sup>1017</sup> El derecho de acceso, permite al ciudadano conocer y obtener gratuitamente información sobre sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento. El derecho de rectificación, posibilita corregir errores, modificar los datos que resulten ser inexactos o incompletos y garantiza la certeza de la información objeto de tratamiento. El derecho de cancelación, admite que se supriman los datos que resulten ser inadecuados o excesivos sin perjuicio del deber de bloqueo recogido en la LOPD. Y el derecho de oposición, es el derecho del afectado a que no se lleve a cabo el tratamiento de sus datos de carácter personal o se cese en el mismo.

**CAPÍTULO CUARTO: EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE PROTECCIÓN FRENTE A  
LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD,  
PROPIA IMAGEN Y PROTECCIÓN DE DATOS DEL MENOR**

---

enmarcan dentro de los derechos de la personalidad y todo ciudadano puede ejercitar ante el responsable del fichero que trate incorrectamente sus datos personales. Tales derechos, se desarrollarán de forma distinta en función de que los ficheros sean de titularidad pública o privada.

En primer lugar, su ejercicio se llevará a cabo ante la AEPD, cuya resolución amparando o no en su caso al reclamante que haya visto vulnerado los mismos se podrá impugnar a través del correspondiente recurso contencioso-administrativo conforme a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA). El art. 18 LOPD, establece la posibilidad de que existan organismos de las distintas CCAA que puedan ejercer la misma función que la AEPD y ello, cuando el poseedor del fichero se haya negado total o parcialmente al ejercicio de los derechos ARCO.

Ahora bien, en lo que atañe a su ejercicio por los menores de edad, el art. 13 RLOPD nada dice al respecto, tan solo se refiere a la capacidad para consentir el tratamiento de los datos personales de los menores. Igualmente, tampoco el Reglamento europeo se pronuncia en su art. 8 ni en los arts. 15 y ss., tan solo puntualiza al regular el derecho al olvido y la supresión de los datos que éste se aplica especialmente a los datos facilitados por el interesado siendo niño. Sin embargo, tal ejercicio parece referirse más bien a que la persona mayor de edad puede suprimir los datos facilitados cuando era menor pero no cuando es menor de edad y menos aún si corresponde su ejercicio al menor o a sus representantes legales. La única referencia a este colectivo aparece en el art. 23.2 b) RLOPD<sup>1018</sup> al permitir que los derechos ARCO sean ejercitados por el propio interesado o por representante (legal o voluntario), los cuales deberán acreditar tal condición.

---

<sup>1018</sup> 23.2.b) “Cuando el afectado se encuentre en situación de incapacidad o minoría de edad que le imposibilite el ejercicio personal de estos derechos, podrán ejercitarse por su representante legal, en cuyo caso será necesario que acredite tal condición”.

De lo anterior se deduce que cuando el menor tiene menos de 14 años, tales derechos serán ejercitados por su representante legal, pero cuando es mayor de 14 años aunque puede consentir el tratamiento de sus datos (art. 13 RLOPD), nada dice respecto a si tiene capacidad para ejercitar los derechos ARCO ni cuáles son las facultades que los representantes legales tienen en relación con los datos del menor.

En el caso de menor de 14 años y por ende sin capacidad para consentir el tratamiento de sus datos, tampoco se ha pronunciado expresamente la AEPD sobre cuándo el menor adquiere la capacidad para ejercitar los derechos de rectificación, cancelación y oposición. Así por ejemplo, en su Informe 194/2009<sup>1019</sup>, ha concluido que la cancelación sea ejercitada por sus representantes legales sin plantearse siquiera el posible ejercicio por parte del menor. En igual sentido, la SAN de 29 de septiembre de 2004<sup>1020</sup>, también admite el ejercicio de los derechos de acceso y cancelación de los datos de un menor de 12 años tratados por una empresa de bebidas alcohólicas por parte de sus padres. A pesar de todo, con respecto al derecho de acceso, tal postura puede plantear dudas, toda vez que en base al art. 5 LOPJM (que reconoce el derecho a buscar, recibir y utilizar información adecuada a su desarrollo) y al art. 9 (en virtud del cual el menor tiene derecho a ser oído y escuchado en cualquier procedimiento administrativo y judicial que le afecte (a partir de los 12 años)), no parece que deba exigirse la misma capacidad para conocer que para consentir, ya que podría entenderse que el menor tiene derecho a disponer de la información necesaria para su desarrollo y a participar en cuestiones que le afecten, es decir, podría conocer qué datos suyos están siendo objeto de tratamiento y en qué condiciones a través del derecho a la información con independencia de que tenga o no capacidad para consentir, y ello, sin perjuicio del derecho de acceso que puedan ejercitar en su caso los representantes legales los cuales salvo en los supuestos de ejercicio exclusivo de la patria potestad por uno de los progenitores, podrán ambos

---

<sup>1019</sup> Analiza un caso de ejercicio del derecho de cancelación por los padres ante un Centro educativo, posiblemente ante su escasa edad, en concreto, se trataba de cancelar el dato de la imagen de una menor de la página web del Centro, realizada a propósito de una actividad extraescolar.

<sup>1020</sup> JUR 2005, 223125.

**CAPÍTULO CUARTO: EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE PROTECCIÓN FRENTE A  
LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD,  
PROPIA IMAGEN Y PROTECCIÓN DE DATOS DEL MENOR**

---

ejercitar estos derechos incluso de forma individual (en especial el derecho de acceso) cuando se trate de cuestiones cotidianas o de urgente necesidad<sup>1021</sup>.

Respecto al menor mayor de 14 años y con capacidad para consentir el tratamiento de sus datos ¿adquiere también la capacidad para ejercitar por sí mismo los derechos ARCO y se excluye la intervención de los representantes legales? No, pues no debemos olvidar que se trata de menores sometidos a la patria potestad, de tal forma, que por un lado entra en juego la intimidad y la protección de datos del menor, pero por otro, los deberes y facultades que tienen los padres derivados de la patria potestad atribuida legalmente. En concreto, el art. 154 CC, atribuye a los padres respecto a los hijos menores no emancipados sometidos a patria potestad el deber de velar lo que permite la facultad de actuar frente a terceros exigiendo reparación de daños y perjuicios o el cese de actividades que violenten la vida privada de los menores<sup>1022</sup>. Consecuentemente, en el presente caso, tal acceso o conocimiento de datos personales de los menores por sus representantes legales podría ampararse más que en el ejercicio de un derecho de acceso que corresponde al menor capaz en el art. 11.2.1 LOPD y el art. 154 CC<sup>1023</sup>. Igual posición parece seguir la AEPD y la SAN 9 de octubre de 2009<sup>1024</sup> que también admite la intervención de los representantes legales en el ejercicio de los derechos ARCO, salvo que exista conflicto entre la voluntad del menor y de sus representantes legales en cuyo caso tendrá que resolverse asunto por asunto.

Finalmente, además de la tutela de los denominados derechos ARCO, el ciudadano perjudicado por una vulneración consumada del derecho también tiene acción para obtener una justa indemnización legalmente establecida en el art. 19

---

<sup>1021</sup> Así lo entiende ANDREU MARTÍNEZ, ob. cit., p 150 y también la AEPD en Resolución de 12 de julio de 2011 (R/01490/2011; TD/00164/20119).

<sup>1022</sup> GRIMALT SERVERA, ob. cit., pp. 189 y ss.

<sup>1023</sup> ANDREU MARTÍNEZ, ob. cit., p. 156.

<sup>1024</sup> RJCA 2009, 848.

LOPD<sup>1025</sup> denominada por ZUNÓN VILLALOBOS<sup>1026</sup> “garantía civil de la privacidad”. No obstante, a diferencia de la LOPDH, en la LOPD las conductas de peligro para la privacidad se configuran como infracciones administrativas, sancionables de oficio por la AEPD, difiriendo la tutela judicial al control de legalidad de las decisiones de esta Agencia vía recurso contencioso-administrativo<sup>1027</sup>. Por consiguiente, se reconoce el derecho a reclamar una indemnización cuando la infracción haya causado efectivamente perjuicio que se ejercitará ante el tribunal civil o contencioso-administrativo ordinario que resulte competente según se trate de un fichero público o privado. Para el caso de que sean ficheros de titularidad pública, la responsabilidad se exigirá de acuerdo con la legislación reguladora del régimen de responsabilidad de las Administraciones públicas, esto es, la acción de indemnización deberá ejercitarse por vía administrativa y en caso de su denegación o silencio se acudirá a la jurisdicción contencioso-administrativa mediante el recurso contencioso-administrativo correspondiente. Si son ficheros de titularidad privada, la acción se ejercitará ante los órganos de la jurisdicción ordinaria, es decir, la acción indemnizatoria deberá ejercitarse ante la jurisdicción civil por el correspondiente procedimiento (juicio ordinario o juicio verbal)<sup>1028</sup> que variará en función de la cuantía de la indemnización de la reclamación. Por parte de nuestra jurisprudencia, es

---

<sup>1025</sup> Art. 19 “1. Los interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable o el encargado del tratamiento, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados. 2. Cuando se trate de ficheros de titularidad pública, la responsabilidad se exigirá de acuerdo con la legislación reguladora del régimen de responsabilidad de las Administraciones Públicas. 3. En el caso de los ficheros de titularidad privada, la acción se ejercitará ante los órganos de la jurisdicción ordinaria”.

<sup>1026</sup> ZUNÓN VILLALOBOS, M. “La garantía Civil de la Privacidad”, *Revista de Aranzadi Doctrinal*, nº 9, 2013, pp. 153-181.

<sup>1027</sup> Las intromisiones en los derechos del art. 18.1 CE se configuran como sendos ilícitos civiles generadores de daños indemnizables que los perjudicados podrán reclamar por sí mismos. LORENTE LÓPEZ, ob. cit., p. 173.

<sup>1028</sup> En este sentido, cabe citar el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 7ª, de 30 de enero de 2004, revocó el Auto dictado por el Juez de Primera Instancia nº 4 de Algeciras, al considerar que “...las acciones indemnizatorias con fundamento en lo dispuesto en el art. 19 de la LOPD han de tramitarse por el procedimiento que corresponda (verbal y u ordinario) según la cuantía que sea objeto de reclamación y ello en virtud de la remisión que realiza el propio art. 19 de la LOPD a la jurisdicción ordinaria, frente a lo que sucede en aquellos supuestos en los que se ejercita una acción con fundamento en las previsiones de la LOPDH. La tramitación en uno u otro juicio tiene gran importancia ya que, de ello dependerá la posibilidad de la naturaleza tutelar de un derecho fundamental que tiene la acción del art. 19 LOPD, además de determinar el procedimiento aplicable en la 1ª Instancia, abre las puertas a la posibilidad de plantear el recurso de amparo constitucional contra las sentencias que decidan este tipo de demandas (art. 44.1 LOTC), de forma similar a los que sucede con las sentencias que resuelven la acción civil de tutela de la intimidad, honor, e imagen (art. 9.1 LOPDH)”.

**CAPÍTULO CUARTO: EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE PROTECCIÓN FRENTE A  
LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD,  
PROPIA IMAGEN Y PROTECCIÓN DE DATOS DEL MENOR**

---

interesante citar la sentencia de la AP de la Coruña, Sección 4ª, de fecha 22 de julio de 2013, que considera intromisión Ilegítima en el derecho al honor el incluir indebidamente en un fichero de morosos siendo responsable la entidad bancaria y no el ASNEF. Es relevante la sentencia de la AP de Barcelona de fecha 17 de julio de 2014<sup>1029</sup>, a partir de la cual se traslada a los procesos civiles la reclamación de indemnizaciones a los directamente afectados por las sanciones administrativas que la AEPD imponga a Google. Y en último lugar, reiterar la ya citada Sentencia del TS de fecha 5 de abril de 2016 en la cual se condena a Google a indemnizar por vulnerar el derecho de protección de datos personales.

Por lo que antecede, en los supuestos de ficheros privados quien se considere perjudicado por un tratamiento incorrecto de sus datos personales podrá interponer directamente la demanda civil sin necesidad de presenta reclamación previa ante la APD, mediante el Juicio ordinario o verbal, siendo siempre parte el MF y su tramitación tendrá carácter preferente. En relación a la legitimación activa, el art. 19 tan solo hace referencia a los interesados y aunque nada dice respecto a la edad para ejercitar esta acción, considera LORENTE LÓPEZ que si el art. 13 RLOPD establece la edad de 14 años como edad límite para consentir el tratamiento de datos personales, superada ésta, el menor podrá exigir el cumplimiento de esta garantía por sí mismo o auxiliado por sus representantes legales quienes completarán su capacidad de obrar, por mi parte entiendo que quien tiene legitimación activa para ejercitar tal acción serán sus representantes legales mientras sean menores de edad aunque tenga más de 14 años y ello, por estar sujetos a la patria potestad.

---

<sup>1029</sup> Los hechos se refieren a que consideran probado que el buscador de Google, no fue diligente en retirar de los resultados de búsqueda las referencias a un indulto publicado en el BOE en relación a la comisión de un delito contra la salud pública (tráfico de drogas) que vinculaba el nombre y apellidos de esa persona con esa cuestión, y tal referencia en el buscador, provocó un descrédito en su imagen pública.



Con el nuevo Reglamento se elimina la obligación de inscribir por parte de las empresas sus ficheros sobre datos personales<sup>1030</sup>, es decir, desaparece la obligación de declarar los ficheros aunque no la de llevar un registro de los mismos, pues según establece el propio Reglamento *“Cada responsable y, en su caso, su representante llevarán un registro de las actividades de tratamiento efectuadas bajo su responsabilidad”*. Por lo tanto, se suprime la obligación formal de comunicar esos tratamiento pero no la de tenerlos perfectamente identificados.

---

<sup>1030</sup> Disponible en <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10798-el-nuevo-reglamento-europeo-de-proteccion-de-datos-elimina-la-obligacion-de-las-empresas-de-inscribir-sus-ficheros-sobre-datos-personales>.

### CONCLUSIONES

**Primera-** Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen son derechos subjetivos y de la personalidad (esfera privada de la persona). En nuestro ordenamiento jurídico, con anterioridad a la CE, tan solo se protegía el derecho al honor a través del CC, mediante el artículo 1.902 CC; sin embargo, con nuestra CE los citados derechos se recogen expresamente en el art. 18.1 de la CE, adquiriendo rango de derechos fundamentales y constitucionales. A partir, de la LO 1/1982, pese a enunciarse conjuntamente, los tres derechos pasan a gozar de una triple autonomía: nominal, conceptual o de contenido y legal, regulándose con un régimen propio y distinto de la protección constitucional, ceñido en su contenido y estructura a su utilización como objeto del tráfico jurídico, a su cesión, a su violación y a la indemnización del daño producido a su titular que no es necesariamente y esencialmente sólo un daño moral. La delimitación del concepto y su contenido no es sencilla pues no han sido definidos por norma alguna; en cualquier caso, conceptuarlos de manera exacta es difícil por estar condicionados por el contexto histórico, social, cultural y jurídico en el que se encuadren. Su tratamiento conjunto se justifica por ser derechos fundamentales y de la personalidad y porque su evolución está unida por varios motivos, en primer lugar, por estar condicionado su ámbito de protección a factores sociales y tecnológicos y en segundo lugar, por su colisión con otros derechos y libertades también fundamentales, como son los derechos a la libertad de expresión y de información. Pese a ello, también nuestra jurisprudencia del TC, TS y TEDH ha querido definirlos, delimitarlos y ponerlos en relación con otros derechos constitucionales, como los derechos a la libertad de expresión e información.

En lo atinente a su definición, el derecho al honor es un concepto jurídico normativo indeterminado cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento, y se configura en dos vertientes: una subjetiva (inmanencia), representado por la estimación que cada persona hace de sí misma, y otra objetiva (trascendencia), integrado por el reconocimiento que los demás hacen

de nuestra dignidad. Si hablamos del derecho a la intimidad, es una esfera reservada para sí por el individuo que otorga a su titular el poder de resguardar un ámbito propio separado y se funda en la necesidad de garantizar la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana. En cuanto al derecho a la propia imagen, atribuye a su titular la facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de toda persona, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual que impide no solo la obtención, sino también la publicación o reproducción por un tercero de una imagen que contenga los rasgos físicos que permitan reconocer su identidad y su protección se extiende incluso a los supuestos en que se capte la fotografía en un lugar público, sin consentimiento de la persona fotografiada.

En lo concerniente a su relación con los derechos a la libertad de expresión e información, el conflicto habido entre ellos ha pasado por varias etapas, desde una tutela hegemónica de los derechos de la personalidad frente a los derechos autónomos de libertad de expresión e información (art. 20 CE), a adquirir más relevancia éstos últimos, hasta establecer una serie de criterios de ponderación con el fin de determinar cuándo deben primar unos u otros derechos. En todo caso, para valorar si se ha hecho un uso adecuado de la libertad de expresión, se deben tener en cuenta una serie de límites constitucionales, tales como el respeto de los derechos del art. 18.1 CE, la relevancia pública de lo libremente expresado y la exclusión del insulto. Respecto al derecho de información, prevalecerá si se cumplan dos requisitos: veracidad y necesidad o proporcionalidad. No obstante, es preciso señalar que el requisito de la veracidad merece distinto tratamiento, según se trate del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Mientras que en el primero funciona como causa legitimadora de la intromisión, en el segundo, es presupuesto necesario para que la intromisión se produzca, dado que la realidad de ésta requiere que sean

## CONCLUSIONES

---

veraces los hechos de la vida privada que se divulga y respecto al tercero, para que prevalezca la libertad de información, es exigible la veracidad respecto de las imágenes divulgadas.

**Segunda.-** Son menores las personas que tengan menos de dieciocho años salvo que conforme a su ley personal hayan alcanzado la mayoría de edad y aquellos mayores extranjeros que se encuentren en territorio español con independencia de la nacionalidad cuya mayoría de edad no se haya podido determinar aún.

El menor es una persona dotada de capacidad jurídica desde su nacimiento pero con una capacidad de obrar restringida, aunque con las últimas reformas del Derecho de familia, opera el criterio de la capacidad de obrar evolutiva o progresiva del menor. Y en lo atinente a los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, el menor tal como dispone el art. 162.1 CC, tiene reconocida capacidad para ejercitar actos de disposición por sí mismo, y por ende podrá realizar actos de disposición sobre estos derechos siempre que sus condiciones de madurez se lo permitan. No obstante, en la práctica el mayor inconveniente reside en la extrema dificultad que supone graduar la madurez del menor para realizar actos por sí mismo y sin el concurso necesario de sus progenitores. Es decir, las leyes (salvo excepciones) no concretan con demasiada precisión en qué se diferencian a estos efectos menores de corta edad de otros próximos a la mayoría.

Por otra parte, además de las condiciones de madurez, la fijación legal de la edad es el elemento determinante de la capacidad de obrar del menor, y consecuentemente de estar o no sujeto a la protección o asistencia de terceras personas. Tal criterio, a mi juicio no es discriminatorio ni produce inseguridad jurídica, pues evita la posibilidad de intervención judicial en la consideración de los distintos actos que el menor realice o incluso en la concepción de las distintas personas según su capacidad como menor o no. Establecer dicho criterio, que en la actualidad y con carácter general son los dieciocho años salvo para determinados

actos que legalmente y de forma específica se establece otra edad, es un fundamento esencial no solo de la protección de los derechos del menor sino de protección de los actos que los terceros puedan realizar con menores. Cuestión distinta y discutible es la fijación de la mayoría de edad en los dieciocho años dada la evolución, participación y relevancia que los menores tienen en la vida cotidiana en la actualidad.

Es evidente que en el ámbito de los derechos de la personalidad prevalece la madurez del menor frente al criterio cronológico como elemento determinante de la capacidad de obrar del menor. Posición refrendada por nuestro TC en STC 154/2002, de 18 de julio, al pronunciarse a favor de una progresiva capacidad de obrar del menor según avanza la edad que le permita su intervención en el tráfico jurídico y consecuentemente llevar a cabo actos y celebrar contratos conforme a sus condiciones de “*madurez*”. Término definitivamente ratificado en la recientísima modificación de diversos preceptos del CC por la LOMSPIA y la LMSPIA.

El concepto del interés superior del menor o *favor minoris*, era un principio general del Derecho, verdadera piedra angular en la interpretación del Derecho de menores que debía presidir toda decisión o situación en la que se encontrara un menor y concretamente en los derechos de la personalidad. Asimismo, era un concepto jurídico indeterminado objeto de múltiples y diversas interpretaciones debido sobre todo a su complejidad y difícil concreción. A partir de la nueva redacción del art. 2 LOPJM como consecuencia de la LOMSPIA, consta de tres dimensiones, (derecho, principio y norma de procedimiento); con el método de objetivación para ayudar a su determinación a través de la aportación de criterios, la ponderación de elementos y de las circunstancias que rodean al menor; así como con incluir garantías que avalen la decisión adoptada y que salvaguarden este interés superior, para lo que es necesaria la intervención de profesionales (agentes decisores), y la motivación de su decisión.

## CONCLUSIONES

---

La patria potestad, regulada en el art. 154 CC, es un deber de los padres, para defender y formar al menor cumpliendo además una función social y se concreta en una serie de derechos o facultades que al mismo tiempo constituyen deberes y obligaciones: los deberes del cuidado, de protección y asistencia de los hijos, el deber de tenerlos en su compañía, el deber de alimentarlos, el deber de educarlos y procurarles una formación integral, el deber de representar a los hijos, y el deber de administrar sus bienes. Por lo tanto, se trataría de una función tutelar, que comprende el derecho y el deber de cuidar de la persona y del patrimonio del hijo. Actualmente, consecuencia de la citada LMSPIA, se ha producido únicamente una modificación terminológica en el art. 154 CC de *“la patria potestad como responsabilidad parental”*. Quizás y con el fin de evitar confusión hubiera sido mejor utilizar gramaticalmente la conjunción copulativa *“o”*, en lugar del adverbio de modo *“como”* es decir, *“la patria potestad o responsabilidad parental...”* o en su caso *“la patria potestad como parte de la responsabilidad parental”*.

La representación legal forma parte de las facultades que integran la patria potestad, junto con el deber de velar por los hijos y tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral y administrar sus bienes (art. 154 CC). De ahí que se excluyen de la misma los actos relativos a los derechos de la personalidad (como son los derechos al honor, intimidad e imagen) que de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez pueda realizar los menores por sí solos. Igualmente con la LMSPIA, padece el citado precepto una modificación del término *“padres”* por el de los *“progenitores”* e incluye en la responsabilidad parental *“el deber de representación de los hijos”*.

Actualmente, la reforma operada en nuestro ordenamiento jurídico en materia de relaciones paterno-filiales, reconoce al menor como sujeto de pleno derecho e instituye la personalidad del hijo como principio básico que debe regir toda actuación de los responsables parentales. Con lo cual, y en relación al tema que nos ocupa, se permite a los menores el ejercicio de unos derechos como son los de la personalidad

de ámbito personalísimo, intransferibles e irrenunciables y cuyo uso dependerá de la voluntad exclusiva de su titular

Por último, la actuación de los responsables parentales en el ejercicio de los derechos de la personalidad viene marcada por un deber de velar, al excluirse expresamente en el art. 162.1 CC la función representativa de la patria potestad. Este ejercicio abarca la existencia de una función de cuidado y asistencia que acompaña el desarrollo progresivo de la personalidad del menor. Como consecuencia de la citada LMSPIA, se ha producido una modificación en la redacción del art. 162. 1CC (suprime “u otros”) e introduce “*No obstante, los responsables parentales (es decir, los padres titulares de la patria potestad) intervendrán en estos caso en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia*”, pero no especifica en qué consiste tal intervención y por consiguiente cuál es la sanción de su incumplimiento.

**Tercera.-** La regulación específica de tales derechos para el menor de edad se recoge en el art. 3 LOPDH y el art. 4 LOPJM, que son junto con los preceptos de la CE, las normas de aplicación básica y directa a efectos de desarrollarlos. Pero no solo la protección constitucional y legal será la medida esencial para la protección de estos derechos de la personalidad del menor sino que además los usos sociales y la actuación del menor y sus progenitores habrán de ser un elemento clave a la hora de valorar la protección que se ha de otorgar a estos derechos.

En el ámbito de los derechos de la personalidad no rigen las reglas generales sobre la capacidad de obrar, siendo necesario para ejercer válidamente estos derechos, que el titular de los mismos posea suficiente *capacidad natural*. La capacidad natural es un concepto que alude a la situación fáctica en que se encuentra un individuo que -con independencia de su ámbito legal de capacidad de obrar- tiene la capacidad de discernimiento y juicio necesaria para comprender, dada una determinada situación, el significado, alcance y consecuencia de la decisión a adoptar.

## CONCLUSIONES

---

**Cuarta.**- El art. 3 LOPDH regula dos situaciones concretas, de forma coherente con lo establecido en el art. 162 CC, ya que de ambas normas se puede obtener la idea de que *“el consentimiento en determinadas circunstancias en el caso de los menores opera como causa de exclusión de la ilegitimidad de la intromisión”*.

El consentimiento del menor cuando tiene suficiente madurez (art. 3.1). Tal como he indicado la madurez es un concepto jurídico indeterminado que puede producir inseguridad jurídica. A mi juicio, es delicado fijar el límite en una edad concreta para determinar la suficiente madurez del menor en esta materia en la que las decisiones afectan a una esfera tan personal e íntima; sería más satisfactorio fijar unos bloques de edad a modo de orientación, tomando como referencia las reglas previstas en el CC y poniéndolas en relación con el ejercicio de los derechos de la personalidad. En tal sentido, se establece la presunción de que los menores de doce años no reúnen las condiciones de madurez suficiente para tener suficiente juicio, y a partir de los dieciséis años, esa capacidad natural se presume. De todo ello, se deduce que existe una franja de edad conflictiva que va desde los doce años a los dieciséis en la cual es posible que el menor tenga madurez suficiente para ejercer sus derechos de la personalidad. Ante todo, deberá estarse al caso concreto para valorar la madurez del menor, la relevancia del acto y si es posible que el menor actúe por sí mismo o no, para lo cual, será necesario tener un apoyo en otras ciencias cuales son la neurociencia y la psicología que nos ayuden a entender mejor, desde un punto de vista biológico y psicológico, cómo es ese desarrollo madurativo del menor y cuáles son sus previsibles respuestas ante determinados actos.

Son los representantes legales quienes debe valorar la madurez del menor para consentir, pero ante un determinado supuesto de hecho en el que surja un conflicto de intereses respecto a la madurez del menor en relación al acto jurídico a examinar, la facultad de determinar su madurez se le conferirá al MF, teniendo en cuenta que asume la salvaguarda del interés superior del menor, y por ende, su actuación conferirá seguridad jurídica al acto específico que se vaya a producir. En cualquier



caso, la última palabra la tienen los tribunales y ello, aunque el resto de operadores jurídicos pudieran tener una postura al respecto y que la misma pueda ser conforme a las normas, pues la impugnación del acto conllevará un examen por parte del Tribunal de la validez del consentimiento prestado en relación al concepto ya mencionado de madurez del menor.

En relación al carácter del consentimiento del menor con condiciones de madurez suficientes para prestarlo, pese a que el art. 3.1 LOPDH guarda silencio a la hora de determinar si debe otorgarse por escrito, en cualquier caso, debe ser expreso tal como recoge el art. 2.2 LOPDH. Con respecto al alcance del consentimiento del menor, es necesario distinguir dos vertientes: personal y contractual. La primera, se refiere a aquellos actos dispositivos relativos al contenido esencial de los derechos de la personalidad como el ejercicio de las facultades que integran el contenido de los derechos al honor, intimidad e imagen, o el consentimiento a una intromisión, amparados en el art. 162.2. 1 CC que no necesitan el consentimiento de sus padres. Y la segunda, serán aquellos actos relativos a los intereses patrimoniales conexos los derechos de la personalidad, si bien únicamente atañe al derecho a la imagen y a la intimidad pero nunca el derecho al honor. Cuando se trata de negocios jurídicos dispositivos de estos derechos con fines comerciales o publicitarios, si necesitarán el consentimiento de sus padres

En el caso del consentimiento del menor cuando no tiene condiciones de madurez (art. 3.2), son requisitos necesarios para su validez que sea emitido por escrito, el conocimiento previo del MF y, si existe oposición, resolución por el juez. El consentimiento que otorga el representante legal en nombre del menor tiene los mismos efectos que el dado por el menor cuando tiene las condiciones de madurez suficiente, siempre que ello no implique menoscabo de su honor o reputación o que sea contrario a sus intereses. Aquellos representantes legales que quieran dar el consentimiento deberán comunicarlo al MF, esperar ocho días y, si no se opone, otorgar expresamente por escrito el consentimiento en nombre y representación del

## CONCLUSIONES

---

menor. Cuando el MF se oponga al consentimiento otorgado por el representante legal, y éstos no están de acuerdo, se regula *ex novo* un procedimiento para llevar a cabo la autorización judicial del consentimiento a las intromisiones ilegítimas del art. 3 LOPDH, recogido en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, con el fin de obtener autorización judicial.

Mi crítica al citado art. 3 de la citada LOPDH es como consecuencia de introducir en el mismo precepto al menor y al incapaz, pues entiendo que debió de hacerse de forma separada y por la falta de regulación del concepto “*madurez*”.

La línea de la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, a la cual me sumo, proclama la nulidad de los contratos otorgados cuando se incumplan los requisitos recogidos en el art. 3.2 LOPDH, de manera que si los representantes legales del menor dispusieran de su imagen prescindiendo del referido control público, el acto o negocio jurídico celebrado adolecerá de una nulidad absoluta, en coherencia con el carácter tuitivo de la protección del menor e imperativo de las previsiones infringidas. Cuando los representantes legales, tutores, MF o terceros, autoricen una intromisión ilegítima en la intimidad o imagen del menor o incapaz sin madurez responderán civilmente.

La LOPDH ha omitido pronunciarse en cuanto a la extensión y duración de los efectos del consentimiento, pero la doctrina entiende acertadamente que debe llegar hasta donde se ha prestado, de manera tal que la extensión queda limitada por la voluntad del que lo presta, es decir, hasta donde se ha dado. La duración del consentimiento, debe ser limitada en el tiempo no cabe prestar un consentimiento con carácter indefinido. Y la revocación (art. 2.3 LOPDH), será posible revocar el consentimiento prestado pero con los requisitos y consecuencias que lleva aparejados, entre otros el necesario reconocimiento de quien ostenta dicho consentimiento, la indemnización de daños y perjuicios que pudiera conllevar la revocación y en lo que respecta al menor las personas que pueden ejercitar dicha revocación (el propio menor, los progenitores, tutor, etc.). Concretamente, en el

apartado 1 del art. 3, revocará y responderá el propio menor salvo que exista una relación contractual cuya responsabilidad es de los representantes legales. En el apartado 2, revocarán los representantes legales, pero responderá el menor sin perjuicio de ejercitar éste acción de regreso contra los mismos, pero si hubiera relación contractual no responderá el menor sino sus representantes legales.

El art. 7 LOPDH establece una serie de situaciones en las que se presume la existencia del daño y por tanto tendrían la consideración de intromisiones ilegítimas. Tal presunción del daño es iuris et de iure. Sin embargo, tal presunción se puede quedar desplazada por aplicación de la causas de justificación establecidas en el art. 8 de la citada ley, donde se recogen unos supuestos genéricos de exclusión de la vulneración de los derechos al honor, intimidad e imagen en el apartado uno y únicamente el derecho a la imagen en el apartado dos. La evolución de la forma de vida actual hacia las nuevas tecnologías, nos llevará irremediamente al estudio de muchos más casos por nuestros tribunales y, con ello, más juego a la hora de deslindar los distintos casos encuadrables en los supuestos de exclusión de la citada norma.

**Quinta.-** El principio general de la LOPJM es contemplar al menor como un sujeto activo, participativo y creativo, con capacidad de modificar su propio medio personal y social. Asimismo, considera la intervención del MF una excepción no sólo a la capacidad general del menor, sino a las normas que inspiran y ordenan la realización de tales actos, presididas por la autonomía e independencia de los menores que tienen un cierto grado de madurez. Pese a ello, en contra del espíritu del art. 3 LOPDH y del art. 162 CC, nace su art. 4 prohibiendo la difusión de datos o imágenes referidos a menores de edad en los medios de comunicación, restringiendo la capacidad de obrar y produciendo una clara modificación del régimen previsto para el consentimiento, sin constar expresamente en la citada LOPJM. La finalidad del citado precepto es reforzar la protección del menor ante las intromisiones ilegítimas consentidas por el menor o por sus representantes legales en los medios de comunicación o las realizadas por los propios medios de comunicación y todo ello sin

## CONCLUSIONES

---

vulnerar el derecho a la libertad de información, pero da la sensación de no conseguirlo por tener una redacción farragosa, reiterativa en algunas ocasiones, novedosa en otras y contradictoria con la normativa ya existente.

El apartado uno del art. 4, es una pura repetición de algo obvio, pues unos derechos constitucionales como son los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es evidente que atañen a la totalidad de las personas, ya sean mayores o menores de edad.

El concepto de intromisión ilegítima en los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, (definido en su apartado tres) debe ser entendido de tal forma que pueda abarcar cualquier situación prevista o no en el entorno social del menor que le produzca una lesión en su derecho al honor, intimidad e imagen. Asimismo, los medios de comunicación, como sujetos activos de la intromisión ilegítima, deben englobar tanto a los ya conocidos como a los nuevos medios tales como Internet, Redes sociales y Dispositivos móviles. Pero con la expresión *“incluso si consta el consentimiento del menor”* se observa una absoluta contradicción con la LOPDH respecto a la ineficacia del consentimiento otorgado por el menor difícilmente conjugable con su art. 7 y una clara incoherencia con los pilares de los derechos de la personalidad del menor, cuales son los arts. 2 y 3.2 LOPDH y art. 162.1 CC no derogados, y que hacen por tanto difícil su convivencia, pues obvia el consentimiento del menor y establece un criterio objetivo cual es la ausencia de vulneración del interés del menor. No obstante lo anterior, considero que el consentimiento del menor o de sus representantes legales, si es prestado con las garantías de la LOPDH no puede ser ineficaz, como tampoco lo puede ser el consentimiento otorgado por un menor mayor de catorce años, pues hay preceptos del CC y de otras leyes especiales para los cuales no es indiferente tal consentimiento y máxime cuando el objetivo de esta ley es obtener la máxima capacidad del menor y ser protagonista de su propio destino. En consecuencia, no tener en cuenta la voluntad

del menor es contrario con la letra y el espíritu de la LOPJM cuyo fin es conferir mayor capacidad y libertad al menor.

Una crítica constructiva me lleva a la conclusión de que las discrepancias que puedan plantearse entre ambas normas (ya que los supuestos que la LO 1/82 reputa intromisiones ilegítimas son más amplios que los de la LO 1/96 pensados específicamente para menores), deberán resolverse integrando la LOPJM en la LOPDH y reforzando los mecanismos de garantía previstos en la misma, a su vez la jurisprudencia tendrá que enfrentarse con el difícil problema de conciliar ambos opuestos preceptos. En última instancia, si no es posible conciliarlos, se deberá acatar lo recogido en este apartado, de tal modo que carecerá de eficacia el consentimiento del menor si los medios de comunicación atentan contra sus derechos al honor, intimidad o imagen o son contrarios a sus intereses.

En el ámbito del derecho del menor, se deduce que no se pueden llevar a cabo actos de disposición del derecho al honor, careciendo de facultad la representación legal de consentir intromisiones en el honor del menor por cuanto son éstas esencialmente contrarias a su interés. Es obvio que surge un problema de interpretación entre los arts. 3. 1 y 2 LOPDH y 4.3 LOPJM que, a mi parecer, solo puede resolverse integrando la primera en la segunda ley y en lo que sean incompatibles deberá primar la segunda por ser una ley orgánica posterior y referida únicamente al menor, de tal modo, que aunque la regla general recogida en el art. 3 es la de consentir actos de disposición que conlleven intromisión en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, prima conforme al art. 4.3 la regla específica de la indisponibilidad del derecho al honor del menor.

El apartado dos del art. 4, determina la necesaria intervención del MF para el caso de que se produzca una intromisión ilegítima por los medios de comunicación que atente a los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen, debiendo prevalecer como regla general la legitimación activa del MF siempre, por ser la

420

## CONCLUSIONES

---

protección de los derechos de la personalidad una cuestión de orden público. Ahora bien, sería más beneficioso para el menor que el MF interviniera solo cuando no existan o se encuentren imposibilitados para accionar los representantes legales, o bien cuando mantengan infundadamente una actitud pasiva e, incluso, cuando surja conflicto de intereses entre el menor y sus representantes legales, ya que normalmente la actuación de los representantes legales será más ponderada que la oficial, la cual estará más atenta al cumplimiento estricto de la ley que a las necesidades del caso concreto.

La INSTRUCCIÓN 2/2006, sobre el Fiscal y la protección de los derechos al honor, intimidad y propia imagen, surge para dar cumplimiento efectivo a lo previsto en la LOPDH y la LOPJM. En ella, se establecen unas directrices con la clara intención de evitar que la impugnación de actos por parte del MF no suponga una restricción de los derechos de los menores a decidir por sí mismos cuando tienen la madurez suficiente, ni de sus progenitores y representantes legales cuando están decidiendo con rigor y en beneficio de aquellos acerca de estos actos de disposición. Diferencia dos situaciones reguladas por la LO 1/82 y obviadas por la LO 1/96: El consentimiento que presta el propio menor cuando considera que tiene capacidad suficiente para ello y el consentimiento ya prestado (o proyectado) por los padres, tutores o representantes legales. Por consiguiente, distingue dos tipos de menores, el menor maduro y el menor no maduro, pese a la dificultad real que en la práctica supone acotar cada uno de estos términos. Es necesario destacar la positividad de la citada Instrucción de cara a una efectiva aplicación tanto de la LOPDH como de la LOPJM y especialmente de la segunda. Pues, por una parte se acentúa la necesidad de que el MF actúe ante situaciones de abandono, desamparo o desprotección de los menores, y el ejercicio irresponsable de la patria potestad o de las instituciones de guarda y custodia de menores. Por otra, se establece la máxima prudencia cuando no existe desamparo o desprotección aparente, por lo que se presume que los progenitores o representantes legales del menor desempeñan con normalidad las facultades inherentes a la patria potestad o a la tutela, razón por la cual la demanda

incoada por los Fiscales tendrá carácter extraordinario. Pero mi crítica va dirigida a que no tiene carácter de norma general y por tanto no cubre la deficiencia reguladora de la legislación española por lo que debería tener un reflejo legal a través de una norma jurídica, y no con una mera Instrucción del MF.

En lo relativo a la legitimación activa del MF recogida en el apartado cuatro, ésta debe ser cumulativa y concebirse como una legitimación más en línea con la LEOMF, pues considero que son perfectamente compatibles tanto la legitimación activa del MF como la de sus representantes legales y todo ello por ser el interés del menor una cuestión de orden público y porque su protección deba ser garantizada no solo por los padres o tutores sino también por el MF y la autoridad judicial. En consecuencia, se confiere al MF una legitimación directa y autónoma para preservar la intimidad de los menores que le habilita para actuar aun cuando el menor esté representado por progenitores que ejerzan adecuadamente la patria potestad.

Finalmente, el apartado cinco del art. 4 recoge una norma con carácter de principio que reitera la legitimación de padres o tutores y de poderes públicos necesaria para ejercitar las acciones en protección de un menor, cuya solución a los supuestos que se planteen debe ser acorde a la ley, a los usos sociales, a las pautas de actuación del MF recogidas en la Instrucción 2/2006 y en última instancia los tribunales decidirán.

**Sexta.-** La LOMSPIA y LMSPIA surgen como consecuencia de los importantes cambios sociales producidos en la situación de los menores que demandan una mejora de los instrumentos de protección jurídica y en aras a cumplir con efectividad el art. 39 CE y las normas de carácter internacional. Respecto a ésta última norma citada, y por primera vez, se regula la intimidad desde el prisma del deber para el menor “*de respetar la intimidad de otras personas*”, incluyendo en esas otras personas también a la familia.

## CONCLUSIONES

---

**Séptima.-** La infancia y la juventud gozan de una especial protección constitucional que limita la libertad de información y expresión en relación a los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen si es contraria a los intereses del menor (art. 20.4 CE). De tal manera que prevalecerán tales derechos ante una eventual colisión con las libertades de expresión e información, independientemente de que puedan tener el mismo rango constitucional, postura aceptada por la propia Fiscalía y asentada unánimemente en nuestra jurisprudencia menor y mayor.

**Octava.-** Las CCAA en esencia han promulgado su propia normativa si bien reiterando lo dispuesto en el art. 4 de la LOPJM y reforzándolo aún más si cabe al imponer la obligación de dar cuenta al MF del conocimiento que puedan tener de intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen los menores de edad. Pero las mayoría de las CCAA pese a regular tales derechos con posterioridad a la LOPJM no han utilizado la oportunidad real de incluir expresamente como medios de comunicación las nuevas tecnologías de la información, salvo Andalucía en el año 1998, Galicia en el año 2011 y Castilla-La Mancha en el año 2014. Por ello, considero que es necesario abordar incluso también por las CCAA la regulación de los nuevos medios de comunicación utilizados por el menor.

**Novena -**En la Unión Europa no hay Directiva o Reglamento específico alguno sobre la protección de los derechos del menor y menos aún sobre sus derechos de la personalidad. Tan solo el art. 16 de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, recoge la intromisión al derecho a la intimidad y en la Carta Europea de Derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo de 8 de julio de 1992 en su punto 2 el derecho a la imagen. Lo que sí existe es una variedad de normas internacionales en los procesos penales seguidos contra menores en lo que respecta al honor, intimidad e imagen del menor. Por el contrario, la legislación Iberoamericana, en clara asimilación con la legislación española, es pionera en lo que a la protección del menor y en concreto a los derechos al honor, intimidad y a la propia imagen del



menor, siendo reconocidos por norma legal expresa en países tales como Argentina o Venezuela, que desarrollan y definen tales derechos del menor.

**Décima.**-El acceso a Internet es un derecho fundamental de la persona, ahora bien, deben existir límites en su uso para los menores de edad, pues cualquiera puede comprender la creciente preocupación de los padres sobre el empleo de Internet que hacen sus hijos de tal forma, que no debe conllevar aparejado la vulneración de sus derechos al honor, intimidad, imagen y sus datos de carácter personal, que está aumentando exponencialmente. Por lo que considero que, además de una regulación legal y un control judicial, son necesarias fórmulas específicas de defensa con las que se pueda minimizar los posibles riesgos, al tiempo que los mayores y menores nos debemos concienciar sobre la propia privacidad.

Actualmente privacidad e intimidad no son términos sinónimos, la primera tiene un ámbito más amplio que engloba la intimidad, especialmente en el caso de los menores. Pero es que además, comparto la idea recogida por algunos autores del debilitamiento del concepto de "intimidad" consecuencia de exponerse información e imágenes sobre su vida personal de forma voluntaria en las nuevas tecnologías. Lo que nos lleva a la necesidad en la práctica de que se produzca una "redefinición" del citado concepto y de los delitos que pueden ir aparejados a una posible vulneración de la intimidad

**Décima Primera.**- En el ámbito de los poderes públicos, respecto a los contenidos ilegales, el menor es una víctima de una intromisión en sus derechos al honor, intimidad e imagen, en cuyo caso se deben tipificar, perseguir y castigar dichas conductas. Por el contrario, en contenidos nocivos el menor no es víctima de tal intromisión sino que simplemente pueden perjudicar el libre desarrollo de su personalidad ya sea físicamente, psicológicamente, moralmente o educacionalmente. En este último caso, requiere una respuesta más tecnológica que jurídica. Mientras no se desarrollen e implanten medidas que controlen la publicación de contenidos y el

## CONCLUSIONES

---

acceso al material no adecuado, persistirá el riesgo de que puedan ser vulnerados los derechos de los menores. Existe un vacío regulador sobre los servicios de mensajería instantánea como son el Whatsapp, SMS, Lines, Messenger, Skype, etc.

En España se trabaja en diversas direcciones para garantizar la protección de los menores en las nuevas tecnologías, proporcionando información mediante la elaboración de guías y materiales gratuitos publicadas por INTECO; el Plan Director para la Convivencia y Mejora de la Seguridad en los Centros Educativos y sus Entornos y los canales de denuncia. Pero es obvio que el Estado va muy por detrás de las multinacionales que prestan los servicios, por lo que soy partidaria de fomentar y explorar en mayor medida la autorregulación, a través de Códigos de Conducta para los usuarios menores de edad, en consonancia con la línea marcada por el art. 162.1 CC, de manera que minimicen, limiten o erradiquen los posibles riesgos que conlleva el uso inadecuado de los Dispositivos móviles, Internet y Redes sociales, que pueden dar lugar a perpetrar ilícitos penales como pueden ser el ciberbullyn, happy slapping, sexting, grooming, o difundir aspectos privados de los menores o de su entorno familiar con el fin de perjudicar su estima personal y social. En definitiva, sus derechos al honor, intimidad, imagen y a la protección de datos que traen consigo el uso de las nuevas tecnologías por el menor de edad. Uno de los contenidos a tratar por los redactores de estos Códigos de conducta será la protección de este colectivo, debiendo ser redactados con un lenguaje y términos que garanticen su plena comprensión, así como ofrecer una explicación clara sobre la importancia del respeto de todo lo relativo al honor, intimidad, imagen o tratamiento de datos personales de uno mismo y de los demás. Pues, aunque tengan escaso valor jurídico su eficacia radica en la convicción de que su implantación genera una conciencia de respeto entre los internautas.

En el ámbito de los agentes de la industria, las dos direcciones en las que debe actuar la industria son la privacidad y los sistemas efectivos de comprobación de la edad de los menores. En cuanto a la primera, las distintas redes sociales deben

avanzar en la privacidad por defecto en lo referente a los niveles de acceso de los datos personales publicados en el perfil -uno de los principales parámetros de confidencialidad-. Y en esa línea, cada vez existen más número de redes sociales que cuentan en sus configuraciones la privacidad por defecto, configuraciones iniciales que no se encuentran en abierto, limitando el nivel de publicidad para que la información quede accesible únicamente para los amigos y no para los amigos de éstos. Entre ellas, están las redes sociales más conocidas, como Tuenti, Facebook o Google que están trabajando en aras a fortalecer la privacidad de los menores en la red. Por otra parte, en el plano tecnológico cabe destacar que, a diferencia de Internet y redes sociales, la implantación de filtros web en los dispositivos móviles es incipiente y ello es debido sobre todo a la necesidad de un software complejo que no ralentice, como actualmente ocurre, la velocidad de la navegación. Por lo tanto, mientras no se implanten mecanismos de autoprotección proporcionados obligatoriamente por los proveedores de acceso a Internet, como pueden ser programas- filtro o sistemas de bloqueo que impidan el acceso de menores a determinados servicios o contenidos ilícitos, persistirá el riesgo de que puedan ser vulnerados los derechos de los menores. En lo referente a la comprobación de la edad, se puede incrementar la protección de los menores con la implantación del DNI electrónico y la autorregulación y compromiso de los titulares de las redes. Pese a todos los esfuerzos puestos en la protección de la privacidad y gestión de la intimidad de los usuarios menores, no debemos olvidar que los protocolos de privacidad de cada red social deben actualizarse y sofisticarse continuamente para conseguir que los resultados sean realmente eficaces.

Por último, en relación a los padres o tutores se debe seguir trabajando en el marco de la información, de la sensibilización, de la concienciación, de la aplicación de herramientas tecnológicas, de la confianza y de la transparencia en la comunicación con los hijos, pero sobre todo, educarlos en valores, responsabilidad y seguridad. Asimismo, los educadores deben ir en igual dirección pero además fomentar y formar a los alumnos en el aprendizaje personalizado, interactuando y enriqueciéndose del

## CONCLUSIONES

---

mismo, en el trabajo creativo y colaborativo así como en la investigación e implicación en la generación de los contenidos de las TIC.

**Décima segunda.-** En cuanto a la protección jurídica en España del honor, intimidad e imagen del menor en Dispositivos móviles, Internet y Redes sociales en el ámbito civil, ni la LOPDH ni LOPJM hacen mención alguna a estos nuevos medios de comunicación. Concretamente la LOPDH es inaplicable a estas situaciones, *“de sociedad digital sin ánimo de lucro, pues fue elaborada en un momento en el que sólo se preveían los usos mercantiles de la información y de la imagen del menor centrada en una intervención del MF, que resulta al día de hoy seguramente inviable”*, y respecto a la LOPJM, pese a que ya se sabía que los medios informáticos eran el futuro, tampoco tuvo la valentía de mencionarlos de manera específica, tan solo recogió con carácter general *“medios de comunicación”*. Por otra parte, existe un vacío legal a la hora de determinar si la publicación de fotografías de los menores de padres separados pertenece a la esfera de la guarda y custodia o de la patria potestad. En ese sentido, y al igual que la jurisprudencia más reciente, opino que corresponde a ésta última y por lo tanto es necesario el consentimiento de ambos progenitores en el caso de que ambos sean titulares de la patria potestad. Con el enorme avance de la tecnología utilizada por los menores como son Dispositivos móviles, Internet y Redes Sociales, estamos asistiendo no ya a una relativización, sino a una progresiva erosión en las redes sociales e incluso una aniquilación de los derechos al honor, intimidad, imagen que hace más necesario si cabe en el S. XXI dar respuesta a la realidad social y virtual y por ende, proteger y garantizar a los menores de las lesiones en sus derechos de la personalidad que con mayor frecuencia se ciernen sobre ellos como usuarios que son de los mismos, convirtiendo en inefectiva la LO 1/82, lo cual nos lleva a la necesidad de replantearnos su reforma. Por tanto, sería positiva una reforma de la LOPDH que diera cabida a esta nueva problemática o quizás lo más adecuado, sea la adopción de una normativa técnica y jurídica específica que concrete su protección y que surja de una actuación multidisciplinar en el ámbito jurídico consecuencia del trabajo conjunto de los poderes públicos, agentes e instituciones de la sociedad, industria tecnológica y

de los profesionales del ámbito jurídico virtual para así con ello poder obtener una tutela judicial más efectiva de los derechos fundamentales de los menores. Ahora bien, entiendo que quizás no es posible llevarlo a cabo porque todo ello requiere la necesidad de coordinar una normativa nacional con nuevas leyes europeas e internacionales que contengan medidas de prevención, control y vigilancia de contenidos y mayor responsabilidad civil de todos los sectores implicados para que nuestros menores puedan tener un entorno virtual más seguro.

En lo concerniente a la responsabilidad de los prestadores de servicios, actualmente no hay una regulación específica del menor ni siquiera la LSSI va dirigida a este colectivo. De manera que para detectar y retirar con rapidez y eficacia los contenidos contrarios al libre desarrollo de la personalidad y a los derechos fundamentales de los menores, la vía a explorar y desarrollar sería la elaboración de Códigos de conducta. En cualquier caso, el Ministerio de Justicia acogió a mediados de septiembre de 2015 la primera reunión de un grupo de trabajo constituido por Red.es para elaborar las bases legislativas que regulen la protección a los menores en Internet.

En el nuevo CP se define por primera vez el concepto de pornografía infantil y se eleva la edad del consentimiento sexual a 16 años, adecuándose con ello a la disposición de la Convención sobre los Derechos de la Infancia. Además, se tipifica por primera vez la adquisición de pornografía infantil por medio de las TIC y se añade un nuevo precepto 183 ter, en relación al delito de Child grooming o acoso infantil, para proteger a los menores frente a los abusos cometidos a través de los nuevos medios tecnológicos. Y las faltas por injurias leves y vejaciones injustas, se despenalizan y se reconducen a la vía civil, encajadas dentro del derecho al honor.

Por último, respecto al régimen de responsabilidad civil propio para los mayores de catorce años y menores de dieciocho que hayan cometido un ilícito penal, en el caso de que el medio utilizado sea Internet, no pueden responder igualmente todos y cada uno de los “*responsables legales*” mencionados en el art. 63.1. LORPM,

## CONCLUSIONES

---

pues ninguno de ellos ejerce el mismo control y autoridad, de modo que tal circunstancia debe valorarse convenientemente a los efectos de disminuir dicha responsabilidad a través de la moderación judicial, llegando a su exoneración según el caso, siempre que quede acreditada la ausencia de cualquier género de culpa por parte de los responsables del menor que actúa con absoluta autonomía y de forma plenamente consciente. Asimismo, en el caso de un delito de injurias o de calumnias difundidas por Internet, nunca se podrá restablecer plenamente el derecho al honor del menor perjudicado, por lo que junto con las medidas de prestación que pueda proponer el equipo técnico a los menores castigados en beneficio de la víctima o de la comunidad se deberá además indemnizar el daño causado.

**Décima Tercera.-** En España, la protección de datos es un derecho fundamental de la personalidad, a partir de la STC 292/2000, de 30 de noviembre. La LPD es muy escueta en lo que respecta a la protección de datos del menor, pues no dedica ningún precepto a regular específicamente la protección de sus datos personales, los cuales se han regido por las reglas generales de la citada ley; tan sólo contiene dos referencias puntuales e incluso tangenciales en su art. 7. 6 y en el art. 22. 4.

La imagen de una persona (mayor o menor de edad) al igual que otras manifestaciones de su identidad (la voz o el nombre) se consideran datos de carácter personal cuando no exista limitación alguna para acceder a la publicación de las fotos o vídeos en Internet y se regulará por la LOPD y el RLOPD. Aunque también puede ser abordada desde el punto de vista del derecho a la propia imagen reconocido como derecho fundamental en el art. 18.1 CE siempre y cuando el sujeto sea reconocible. En la práctica, y a pesar de la doble vertiente parece preferirse más la defensa de la imagen desde la regulación de la protección de datos de carácter personal debido a la mayor simplicidad y gratuidad del procedimiento sancionador que se inicia por la AEPD.

Donde sí se encuentra por primera vez una norma que regula la protección de datos personales de los menores de edad es en el RLOPD concretamente en su art. 13 en el que se establece un límite expreso cual es la edad de 14 años para que el consentimiento prestado por un menor en la utilización de sus datos personales sea válido. Quizás, en esta materia se ha decantado por fijar la edad por ser un elemento de más fácil comprobación para permitir el acceso a la red. Por lo tanto, en este derecho cede la determinación de la madurez por la edad como medida de seguridad jurídica. Pero entiendo que son cuestiones distintas, una, el acceso a la red y, otra, una vez accedido, que las actuaciones que haga el menor pongan en situación de vulnerabilidad su intimidad, honor, imagen e incluso la protección de sus propios datos personales. Por ello, habría que jugar aquí con parámetros de madurez, en tanto ésta permitirá que el menor sea capaz de barajar si consiente o no una intromisión ilegítima en estos derechos propios de la esfera privada. Además del dato objetivo de la edad y el criterio subjetivo de la suficiente madurez, debería añadirse otro criterio como es la formación o información o de ambas; el problema está en su acreditación y en cómo se procedería a la valoración y ponderación en su caso. Por otra parte, cuando el menor cuyos datos se quieren tratar no alcance los catorce años, deberá recabarse el consentimiento de los representantes de los menores.

Se puede concluir que la legislación da soluciones diferentes en función de que derecho se vulnere, así en materia de protección de datos, se establece un límite expreso cual es la edad como presunción *iuris tantum*, por lo tanto cede la determinación de la madurez a favor de la edad como medida de seguridad jurídica; mientras que en relación a los derechos al honor, intimidad e imagen se requieren condiciones de madurez. Pero, ¿cuál es la causa de que exista un tratamiento diferente entre los derechos de la personalidad que se ejercitan en el mismo medio (Internet)? La explicación hay que buscarla en las fechas en que se redactaron estas leyes, pues en el caso de la LOPDH, en el año 1982 ni siquiera se podía prever los efectos que la difusión masiva de este medio podía aparejar, y en cuanto a la LOPD, en el año 1999,

## CONCLUSIONES

---

se elaboró en los prolegómenos del nacimiento de Internet, en la que ni tan siquiera todavía habían proliferado las redes sociales.

Como crítica a nuestra legislación actual, ésta se podría mejorar si los datos personales relativos a menores pasasen a considerarse como datos de los calificados como “*sensibles*”, con el plus de protección que ello proporciona. Asimismo, sería necesario un reconocimiento y delimitación clara del denominado “*derecho al olvido*” y una simplificación de su ejercicio, especialmente en relación con los buscadores y los datos indexados por los mismos y todo ello mediante una norma con rango de ley y no de Reglamento.

**Décima Cuarta.-** La UE ha contribuido mediante el desarrollo de todos los mecanismos a su alcance notablemente a la construcción de un entorno en Internet más seguro para los niños y adolescentes. Sin embargo, se echa de menos la existencia de instrumentos específicos para los menores de edad, así como una legislación europea en la que se detalle y concrete en mayor medida qué ha de entenderse por contenido perjudicial para los menores, concepto clave en la regulación protectora de los servicios lineales. Mi crítica, en relación al tratamiento de los datos personales de los menores de edad, es la inexistencia de una normativa específica en la UE que haga referencia únicamente a la protección de este colectivo. Las Directivas 95/46/CE y 2002/58/CE no han establecido ningún tipo de disposición especial dirigida a la protección de datos de los menores de edad, dejando a las regulaciones nacionales y de menor rango la adopción de medidas concretas al respecto y apostando por una autorregulación. Asimismo, pese al proceso de reforma y avance que conllevan las nuevas Propuestas del Reglamento y Directiva del Parlamento europeo de 25 de enero de 2012, aprobadas finalmente como Reglamento y Directiva en fecha 27 de abril de 2016, aún no se ha podido salvar la fragmentación en cómo se aplica en la Unión la protección de datos de carácter personal, la inseguridad jurídica y la percepción generalizada de la opinión pública de que existen riesgos significativos, especialmente por lo que se refiere a la actividad en línea.



Con el Reglamento general de protección de datos se vendrán a implementar muchos de los aspectos relativos a la protección de datos que requerirán de una más intensa regulación teniendo en cuentas las nuevas circunstancias que vienen operando en Internet y en el ámbito de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, y se recogerá por primera vez el derecho de los ciudadanos a reclamar el borrado de información personal, es decir regula el derecho al olvido. Pero el citada Reglamento se centra únicamente en el entorno on line aprovechando la experiencia de la normativa estadounidense.

En relación a los menores, el nuevo Reglamento tampoco se refiere únicamente al tratamiento de datos personales de los menores de edad; tan sólo introduce un precepto específico en esta materia consecuencia de la regulación de otras cuestiones a lo largo de su articulado, pero partiendo siempre de ese principio de especial protección. En general, recoge criterios básicos sobre la protección de datos personales de menores que se venían apuntando en los últimos años y en particular, se centra en el consentimiento de este colectivo en relación con el tratamiento de sus datos personales en los servicios de la sociedad de la información.

Asimismo, si bien la Propuesta del Reglamento se decantaba por buscar una edad fijada en 13 años para todos los países de la UE, con el fin de dar uniformidad y seguridad jurídica a los responsables y encargados de las distintas redes sociales, el nuevo Reglamento eleva el límite a los 16 años y da libertad a los Estados miembros para establecer otra edad siempre que no sea inferior a 13 años. Con ello, se evita ahondar aún más si cabe en la existente cuestión espinosa en nuestro país, cual es la de ceder la determinación de la madurez en favor de la edad como medida de seguridad jurídica. Consecuentemente, nuestra actual normativa (art. 13 del RDL0D o el art 1.4 del RD 869/2013) podrá seguir siendo aplicable toda vez que su límite está en los 14 años, o bien, elevar el límite hasta los 16 años, con la correspondiente reforma de las citadas normas. Ahora bien, a la vista de las expectativas generadas por

## CONCLUSIONES

---

la citada norma, considero que ha sido poco ambiciosa en relación a los menores de edad, pues debería haber extendido su ámbito de aplicación a otras cuestiones más allá del citado art. 8, definiendo los mecanismos de control que podrían aplicar los encargados y responsables del tratamiento para asegurar una navegación segura de los menores e incidiendo aún más en el principio del deber de información de los responsables del tratamiento, de tal manera que el menor de edad reciba una información suficiente en el tratamiento de sus datos, y no insuficiente, como en la práctica está ocurriendo en los diferentes países de la UE, de forma discordante e incorrecta en muchas ocasiones por parte de los responsables y encargados del tratamiento.

La medida que más impacto ha causado en las redes sociales y sobre todo a partir de la relevante la Sentencia del TJUE de fecha 13 de mayo de 2014, es *“el derecho al olvido y a la supresión”*, que en el Reglamento pasa a denominarse únicamente *“el derecho a la supresión de datos”*, conforme al cual el responsable debe abstenerse a darles más difusión, especialmente en el caso de los datos proporcionados cuando el interesado sea un niño. Mientras que en California se ha aprobado una ley en la que los menores tienen derecho al olvido parcial en Internet, en la UE no existe normativa específica alguna respecto al derecho al olvido de los menores en Internet, aunque actualmente se encuentra trabajando en un cuidadoso proyecto para que el derecho al olvido sea aplicado también a casos de menores que se vean afectados por la publicación de determinada información en la red.

***Décima Quinta.***- Si bien Europa, con anterioridad al Reglamento y Directiva de 27 de abril de 2016, había optado por una normativa general, por el contrario, Estados Unidos ha apostado por la aprobación de normas concretas imperativas referidas a la protección de los datos de los menores en Internet. Pero la diferencia más notable con el nuevo RGPD se encuentra en que sólo regula la oferta de bienes y servicios dirigidos a los menores pero no a los servicios dirigidos a un público en general que tenga un

conocimiento efectivo de que está tratando datos de menores (cuestión que sí se incluye en la COPPA).

**Décima Sexta.-** En relación al fenómeno sexting, cabe poner de relieve que la triple regulación civil, penal y administrativa es deficiente, excesiva y desequilibrada. Deficiente, porque a criterio de esta investigadora, debería profundizarse mucho más en la definición de esta figura y las consecuencias que la misma pudiera determinar en la vulneración de la intimidad y la propia imagen en el ámbito civil, pues es muy difícil entender que el honor pueda ser vulnerado por un acto propio de consentimiento, lo que supondría una modificación legislativa cuando menos de la LOPDH en la que se incluyera y se detallara específicamente el contenido y las circunstancias de las lesiones a los derechos recogidos en la misma como consecuencia de este fenómeno. Excesiva, por cuanto que la regulación penal podría incluso ser superflua o desaparecer, en primer lugar, porque hasta ahora su actual encaje en el delito de revelación de secretos en el CP necesitaba de una triple vulneración de los derechos de la personalidad en su conjunto, lo cual parecía imposible a la vista de que el deshonor que nace del individuo por sus propios actos no tiene protección alguna ni en la CE ni en la ley. En el nuevo del CP a través del art. 197.4 bis podría obviarse su regulación, debido a su deficiencia en la determinación de la conducta punible por ser un cajón de sastre en su redacción, en la determinación del responsable penal, que puede ser cualquier interviniente en la cadena de reenvíos, y además en la definición del lugar donde se capten las imágenes, la cual supone una inseguridad jurídica manifiesta. Por consiguiente, me lleva a reflexionar sobre la necesidad de incluir el sexting en el CP para proteger a una persona que también es responsable de las consecuencias de sus propios actos. Como quiera que se haya tipificado, se debe ahondar en el doble consentimiento, es decir autorizar en dos actos separados la captación y la difusión. Por último desequilibrada, pues actualmente se produce una incoherencia en cuanto a la cuantía de la pena recogida en el CP y la sanción administrativa establecida en la LOPD, de manera que en función de la vía por la que

## CONCLUSIONES

---

se opte produce la desafortunada conclusión que resulta más benévola la cuantía de la pena impuesta por el tipo penal que la de la infracción administrativa.

**Décima Séptima.**- Respecto al ejercicio de las acciones de protección frente a la intromisión ilegítima en los derechos al honor, intimidad, propia imagen y protección de datos del menor, la justicia debe evolucionar para no quedarse atrás frente al desarrollo tecnológico de Internet.

En relación a la tutela judicial de los derechos al honor, intimidad e imagen, se deben destacar las siguientes cuestiones: 1º.- El procedimiento recogido en la LOPDH, va dirigido a proteger a la parte más débil interviniente en el mismo, en este caso el perjudicado por la intromisión ilegítima. Cabe mencionar aspectos como el referido a la legitimación del MF para que éste actúe autónomamente si detecta cualquier tipo de intromisión en los derechos del menor; también la competencia territorial a favor del domicilio del perjudicado, incluso en el supuesto de que el infractor no tenga domicilio en el lugar o lo tenga fuera del país. 2º.- En estos procedimientos, es esencial incidir en la importancia de las medidas cautelares, pues en algunos supuestos son la verdadera manera de salvaguardar los derechos al honor, la intimidad, la propia imagen ya que de no adoptarse de forma rápida e inmediata dejarían sin contenido la Sentencia que en su momento se dictase, que no habría impedido dicha intromisión, por ejemplo en casos de sexting, colgar videos en páginas web o redes sociales. 3º Quien alegue el pantallazo, la conversación grabada vía Skype, la conversación google, o cualquier red social, tiene que soportar el medio de prueba pertinente, es decir, deberá acreditarse mediante la prueba pericial informática de no manipulación. Para ello, se hace necesaria una nueva ley de peritaje informático. Hasta la Sentencia del TS de 19 de mayo de 2015, la utilización de los Whatsapp en juicio como medio de prueba si éste era impugnado carecían de validez, pero a partir de la misma, para verificar la autenticidad de los Whatsapp en juicio (es decir, comprobar que efectivamente su emisor dijo lo que dijo en ese mensaje) cuando éstos son impugnados, es imprescindible la práctica de una prueba pericial informática que

identifique el verdadero origen de esta comunicación, la identidad de los interlocutores y la integridad de su contenido. Sin embargo, mi crítica es que la citada prueba en muchas ocasiones puede ser inviable debido al tiempo transcurrido por ejemplo. 4º.-En relación al menor se aplica la excepción al principio de publicidad procesal, de manera que se establece la posibilidad de que el proceso sea secreto y sin ningún tipo de conocimiento fuera del mismo por quien es ajeno a éste. 5º.-En los pronunciamientos de carácter indemnizatorio de las sentencias que declaren la vulneración de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, se excluye la ejecución provisional. 6º.- La presunción del perjuicio en cualquier caso, si se declara la intromisión ilegítima o vulneración del derecho, y por lo tanto el derecho a indemnización por dicho daño, se establece tanto en la LOPDH, como en la LOPD, ahora bien surge disparidad en la cuantía, pues la sanción prevista en la citada ley es muy elevada, a diferencia de la recogida por nuestros Tribunales civiles en las intromisiones ilegítimas de los derechos al honor, intimidad e imagen, los cuales se rigen por el criterio de la ponderación. Lo mismo ocurre en cuanto a la cuantía de la pena recogida en el nuevo tipo penal del sexting regulado en el CP y la cuantía de la sanción prevista en la LOPD, produciendo todo ello una grave desigualdad en función de que se acuda a una vía u otra, por lo que deberá ser objeto de revisión.

Por otra parte, toda persona tiene derecho a rectificar la información difundida por cualquier medio de comunicación social de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación le cause perjuicio pero no suponga por sí misma una intromisión ilegítima en el honor, la intimidad o la propia imagen y en cambio sí un menoscabo en su persona.

En cuanto a la tutela del derecho a la protección de datos del menor, el ejercicio de los derechos de ARCO se llevará a cabo en primer lugar ante la AEPD, y con posterioridad a través del correspondiente recurso contencioso-administrativo conforme a la LJCA. Tales derechos, se desarrollarán de forma distinta en función de

## CONCLUSIONES

---

que los ficheros sean de titularidad pública o privada. Cuando el menor tiene menos de 14 años, serán ejercitados por su representante legal, pero cuando es mayor de 14 años, nada se dice en la LOPD respecto a si tiene capacidad para ejercitarlos ni cuáles son las facultades que los representantes legales tienen en relación con los datos del menor, si bien entiendo que quien tiene legitimación activa para ejercitar tal acción serán sus representantes legales mientras sean menores de edad aunque tenga más de 14 años y ello, por estar sujetos a la patria potestad.

## ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

### TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Sentencia de 8 de julio de 1986  
Sentencia de 22 de febrero de 1989  
Sentencia de 23 de mayo de 1991  
Sentencia de 23 de abril de 1992  
Sentencia de 16 de diciembre de 1999  
Sentencia de 29 de febrero de 2000  
Sentencia de 24 de junio de 2004  
Sentencia de 6 de julio de 2006  
Sentencia de 15 de enero de 2009  
Sentencia de 18 de enero de 2011

### TRIBUNAL JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA

Sentencia de 24 de noviembre de 2011  
Sentencia de 13 de mayo de 2014  
Sentencia de 11 de diciembre de 2014  
Sentencia de 6 de octubre de 2015

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Auto de 13 de enero de 1981  
Sentencia de 31 de marzo de 1982  
Sentencia de 1 de junio de 1982  
Sentencia de 15 de octubre de 1982  
Sentencia de 15 de diciembre de 1983  
Sentencia de 26 de noviembre de 1984  
Sentencia de 29 de noviembre de 1984  
Sentencia de 31 de enero de 1985  
Sentencia de 17 de junio de 1986  
Sentencia de 12 de diciembre de 1986  
Sentencia de 3 de junio de 1987  
Sentencia de 27 de octubre de 1987  
Sentencia de 30 de octubre de 1987  
Sentencia de 2 de diciembre de 1988  
Sentencia de 15 de febrero de 1989  
Sentencia de 6 de junio de 1990  
Sentencia de 29 de junio de 1990  
Sentencia de 26 de marzo de 1990

Sentencia de 12 de noviembre de 1990  
Sentencia de 12 de noviembre de 1990  
Sentencia de 14 de febrero de 1991  
Sentencia de 17 de octubre de 1991  
Sentencia de 11 de noviembre de 1991  
Sentencia de 14 de Febrero de 1992  
Sentencia de 8 de junio de 1992  
Sentencia de 11 de noviembre de 1992  
Sentencia de 3 de diciembre de 1992  
Sentencia de 14 de diciembre de 1992  
Sentencia de 21 de diciembre de 1992  
Sentencia de 18 de enero de 1993  
Sentencia de 19 de abril de 1993  
Sentencia de 19 de abril de 1993  
Sentencia de 20 de julio de 1993  
Sentencia de 31 de mayo de 1993  
Sentencia de 12 de julio de 1993  
Sentencia de 25 de abril de 1993  
Sentencia de 7 de junio de 1993  
Sentencia de 18 de octubre de 1993  
Sentencia de 15 de febrero de 1994  
Sentencia de 11 de abril de 1994  
Sentencia de 13 de febrero de 1995  
Sentencia de 22 de mayo de 1995  
Sentencia de 22 de mayo de 1995  
Sentencia de 26 de septiembre de 1995  
Sentencia de 16 de septiembre de 1996  
Sentencia de 25 de noviembre de 1996  
Sentencia de 16 de junio de 1997  
Sentencia de 25 de noviembre de 1997  
Sentencia de 29 de septiembre de 1997  
Sentencia de 27 de octubre de 1997  
Sentencia de 24 de noviembre de 1997  
Sentencia de 8 de junio de 1998  
Auto de 29 de junio de 1998  
Sentencia de 14 de septiembre de 1998  
Sentencia de 14 de octubre 1998  
Sentencia de 11 de octubre de 1999  
Sentencia de 9 de mayo de 1999  
Sentencia de 13 de diciembre de 1999  
Sentencia de 11 de octubre de 1999  
Sentencia de 25 de octubre de 1999  
Sentencia de 29 de mayo de 2000  
Sentencia de 24 de julio de 2000  
Sentencia de 11 de diciembre de 2000



Sentencia de 30 de noviembre de 2000  
Sentencia de 26 de febrero de 2001  
Sentencia de 26 de marzo de 2001  
Sentencia de 27 de junio de 2001  
Sentencia de 2 de julio de 2001  
Sentencia de 15 de octubre de 2001  
Sentencia de 25 de febrero de 2002  
Sentencia de 22 de abril de 2002  
Sentencia de 6 de mayo de 2002  
Sentencia de 18 de julio de 2002  
Sentencia de 14 de octubre de 2002  
Sentencia de 25 de noviembre de 2002  
Sentencia de 28 de enero de 2003  
Sentencia de 8 de mayo de 2003  
Sentencia de 8 de mayo de 2003  
Sentencia de 30 de junio de 2003  
Sentencia de 9 de mayo de 2004  
Sentencia de 17 de julio de 2004  
Sentencia de 6 de junio de 2005  
Sentencia de 3 de julio de 2006  
Sentencia de 23 de octubre de 2006  
Sentencia de 16 de abril de 2007  
Sentencia de 24 de septiembre 2007  
Sentencia de 7 de noviembre de 2007  
Sentencia de 14 de abril de 2008  
Sentencia de 29 de junio de 2008  
Sentencia de 30 de enero de 2008  
Sentencia de 23 de marzo de 2009  
Sentencia de 29 de junio de 2009  
Sentencia de 21 de diciembre de 2009  
Sentencia de 27 de abril de 2010  
Sentencia de 19 de julio de 2010  
Sentencia de 7 de octubre de 2010  
Auto de 21 de diciembre de 2010  
Sentencia de 20 de junio de 2011  
Sentencia de 17 de octubre de 2011  
Sentencia de 30 de enero de 2012  
Sentencia de 16 de diciembre de 2013

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia de 6 de diciembre de 1912  
Sentencia de 28 de octubre de 1986  
Sentencia de 23 de marzo de 1987  
Sentencia de 29 de marzo de 1987

Sentencia de 26 de junio de 1987  
Sentencia de 19 de enero de 1988  
Sentencia de 9 de febrero de 1988  
Sentencia de 29 de marzo de 1988  
Sentencia de 11 de abril de 1988  
Sentencia de 5 de mayo de 1988  
Sentencia de 20 de octubre de 1988  
Sentencia de 28 de octubre de 1988  
Sentencia de 2 de marzo de 1989  
Sentencia de 5 de diciembre de 1989  
Sentencia de 27 de enero de 1990  
Sentencia de 12 de febrero de 1990  
Sentencia de 19 de febrero de 1990  
Sentencia de 7 de marzo de 1990  
Sentencia de 16 de junio de 1990  
Sentencia de 19 de octubre de 1990  
Sentencia de 16 de enero de 1991  
Sentencia de 19 de diciembre de 1991  
Sentencia de 25 de febrero de 1992  
Sentencia de 28 de febrero de 1992  
Sentencia de 31 de febrero de 1992  
Sentencia de 31 de julio de 1992  
Sentencia de 19 de octubre de 1992  
Sentencia de 20 de enero de 1993  
Sentencia de 15 de febrero de 1994  
Sentencia de 23 de abril de 1994  
Sentencia de 18 de mayo de 1994  
Sentencia de 15 de diciembre de 1994  
Sentencia de 18 de julio de 1996  
Sentencia de 7 de octubre de 1996  
Sentencia de 31 de diciembre de 1996  
Sentencia de 9 de octubre de 1997  
Sentencia de 24 de marzo de 1998  
Sentencia de 13 de octubre de 1998  
Sentencia de 23 de noviembre de 1999  
Auto de 23 de noviembre de 1999  
Sentencia de 14 de julio de 2000  
Sentencia de 19 de julio de 2000  
Sentencia de 5 de diciembre de 2000  
Sentencia de 31 de enero de 2001  
Sentencia de 15 de marzo de 2001  
Sentencia de 29 de marzo de 2001  
Sentencia de 2 de julio de 2001  
Sentencia de 25 de enero de 2002  
Sentencia de 10 de junio de 2002

Sentencia de 9 de julio de 2002  
Sentencia de 25 de noviembre de 2002  
Sentencia de 26 de marzo de 2003  
Sentencia de 23 de mayo de 2003  
Sentencia de 27 de junio de 2003  
Sentencia de 10 de julio de 2003  
Sentencia de 3 de febrero de 2004  
Sentencia de 28 de marzo de 2004  
Sentencia de 7 de abril de 2004  
Sentencia de 7 de julio de 2004  
Sentencia de 12 de julio de 2004  
Sentencia de 19 de julio de 2004  
Sentencia de 28 de junio de 2004  
Sentencia de 30 de junio de 2004  
Sentencia de 18 de octubre de 2004  
Sentencia de 15 de noviembre de 2004  
Sentencia de 11 de febrero de 2005  
Sentencia de 21 de abril de 2005  
Sentencia de 9 de junio de 2005  
Sentencia de 17 de enero de 2006  
Sentencia de 22 de febrero de 2006  
Sentencia de 23 de febrero de 2006  
Sentencia de 27 de febrero de 2006  
Sentencia de 7 de marzo de 2006  
Sentencia de 5 de abril de 2006  
Sentencia de 9 de junio de 2006  
Sentencia de 13 de junio de 2006  
Sentencia de 26 de junio de 2006  
Sentencia de 13 de julio de 2006  
Sentencia de 2 de octubre de 2006  
Sentencia de 2 de noviembre de 2006  
Sentencia de 16 de noviembre de 2006  
Sentencia de 21 de diciembre de 2006  
Sentencia de 18 de julio de 2007  
Sentencia de 9 de mayo de 2008  
Sentencia de 21 de julio de 2008  
Sentencia de 22 de julio de 2008  
Sentencia de 26 de septiembre de 2008  
Sentencia de 22 de octubre de 2008  
Sentencia de 23 de octubre de 2008  
Sentencia de 29 de octubre de 2008  
Sentencia de 11 de noviembre de 2008  
Sentencia de 19 de noviembre de 2008  
Sentencia de 30 de enero de 2009  
Sentencia de 25 de febrero de 2009

Sentencia de 26 de febrero de 2009  
Sentencia de 24 de abril de 2009  
Sentencia de 11 de marzo de 2009  
Sentencia de 29 de abril de 2009  
Sentencia de 9 de julio de 2009  
Sentencia de 14 de mayo de 2009  
Sentencia de 12 de junio de 2009  
Sentencia de 17 de junio de 2009  
Sentencia de 31 de julio de 2009  
Sentencia de 8 de septiembre de 2009  
Sentencia de 12 de noviembre de 2009  
Sentencia de 9 de diciembre de 2009  
Sentencia de 19 de enero de 2010  
Sentencia de 16 de febrero de 2010  
Sentencia de 1 de marzo de 2010  
Sentencia de 31 de marzo de 2010  
Sentencia de 18 de mayo de 2010  
Sentencia de 31 de mayo de 2010  
Sentencia de 1 de junio de 2010  
Sentencia de 2 de junio de 2010  
Sentencia de 15 de julio de 2010  
Sentencia de 10 de febrero de 2011  
Sentencia de 12 de mayo de 2011  
Sentencia de 31 de mayo de 2011  
Sentencia de 11 de julio de 2011  
Sentencia de 17 de octubre de 2011  
Sentencia de 6 de septiembre de 2011  
Sentencia de 17 de octubre de 2011  
Sentencia de 19 de marzo de 2012  
Sentencia de 25 de marzo de 2012  
Sentencia de 18 de abril de 2012  
Sentencia de 5 de mayo de 2012  
Sentencia de 7 de mayo de 2012  
Sentencia de 17 de mayo de 2012  
Sentencia de 11 de junio de 2012  
Sentencia de 24 de julio de 2012  
Sentencia de 24 de julio de 2012  
Sentencia de 4 de octubre de 2012  
Sentencia de 16 de octubre de 2012  
Sentencia de 3 de diciembre de 2012  
Sentencia de 4 de diciembre de 2012  
Sentencia de 21 de enero de 2013  
Sentencia de 5 de febrero de 2013  
Sentencia de 18 de febrero de 2013  
Sentencia de 25 de febrero de 2013

Sentencia de 17 de abril de 2013  
Sentencia de 8 de marzo de 2013  
Sentencia de 8 de mayo de 2013  
Sentencia de 17 de diciembre de 2013  
Sentencia de 9 de julio de 2014  
Sentencia de 14 de julio de 2014  
Sentencia de 19 de mayo de 2015  
Sentencia de 30 de junio de 2015  
Sentencia de 16 de julio de 2015  
Sentencia de 27 de noviembre de 2015  
Sentencia de 15 de octubre de 2015  
Sentencia de 10 de diciembre de 2015  
Sentencia de 15 de abril de 2016

#### **AUDIENCIA NACIONAL**

Sentencia de 29 de septiembre de 2004  
Sentencia de 9 de octubre de 2009  
Sentencia de 26 de noviembre de 2009  
Sentencia de 10 de febrero de 2010  
Sentencia de 25 de abril de 2010  
Sentencia de 1 de abril de 2011  
Sentencia de 18 de mayo de 2012  
Sentencia de 29 de diciembre de 2012  
Sentencia de 2 de enero de 2013  
Sentencia de 26 de septiembre de 2013

#### **AUDIENCIA PROVINCIAL**

Sentencia de la AT de Zaragoza de 9 de junio de 1967  
Sentencia de la AP de Pontevedra de 20 de abril de 1994  
Sentencia de la AP de Tarragona de 18 de enero de 1995  
Sentencia de la AP de Madrid de 23 de mayo de 1997  
Sentencia de la AP de Madrid de 10 de noviembre de 1998  
Sentencia de la AP de Madrid de 3 de marzo de 1999  
Sentencia de la AP de Madrid de 11 de marzo de 1999  
Sentencia de la AP de Madrid de 19 de marzo de 1999  
Sentencia de la AP de Madrid de 14 de septiembre de 1999  
Sentencia de la AP de Asturias de 5 de octubre de 1999  
Sentencia de la AP de Murcia de 15 de abril de 2000  
Sentencia de la AP de Vizcaya de 2 de enero de 2001  
Sentencia de la AP de Madrid de 8 de enero de 2002  
Sentencia de la AP de Barcelona de 16 de octubre de 2002  
Sentencia de la AP de Valencia de 13 de febrero de 2002  
Sentencia de la AP de Barcelona de 16 de octubre de 2002

Sentencia de la AP de Barcelona de 27 de diciembre de 2002  
Sentencia de la AP de Asturias de 13 de febrero de 2003  
Sentencia de la AP de Valencia de 1 de marzo de 2003  
Sentencia de la AP de Madrid de 30 de abril de 2003  
Sentencia de la AP de Asturias de 31 de octubre de 2003  
Sentencia de la AP de Madrid de 14 de noviembre de 2003  
Sentencia de la AP de Las Palmas de 20 de enero de 2004  
Auto de la AP de Cádiz de 30 de enero de 2004  
Sentencia de la AP de Madrid de 17 de febrero de 2004  
Sentencia de la AP de Cádiz de 28 de abril de 2004  
Sentencia de la AP Álava de 25 de noviembre de 2004  
Sentencia de AP de Madrid de 11 de febrero de 2005  
Sentencia de la AP de Sevilla de 12 de diciembre de 2005  
Sentencia de AP de Madrid de 21 de diciembre de 2005  
Sentencia de la AP de Valencia de 26 de diciembre de 2005  
Sentencia de la AP de La Coruña de 12 de julio de 2006  
Sentencia de la AP de La Rioja de 17 de enero de 2006  
Sentencia de la AP de Madrid de 6 de febrero de 2006  
Sentencia de la AP de Madrid de 19 de junio de 2006  
Auto de la AP de Las Palmas de 29 de mayo de 2007  
Auto de la AP de Salamanca de 14 de julio de 2007  
Sentencia de la AP de Córdoba de 13 de noviembre de 2007  
Sentencia de la AP de Málaga de 25 de mayo de 2009  
Sentencia de la AP de Ávila de 19 de junio de 2009  
Sentencia de la AP de Palma de 31 de julio de 2009  
Auto de la AP de Madrid de 21 de septiembre de 2009  
Sentencia de la AP de Murcia de 29 de enero de 2010  
Sentencia de la AP de Álava de 8 de febrero de 2010  
Sentencia de la AP de Ourense de 24 de mayo de 2011  
Sentencia de la AP de Cáceres de 20 de diciembre de 2012  
Sentencia de la AP de Madrid de 27 de diciembre de 2012  
Sentencia de la AP de Madrid de 21 de febrero de 2013  
Sentencia de la AP de Coruña de 22 de julio de 2013  
Sentencia de la AP de Santander de 16 de abril de 2014  
Sentencia de la AP de Barcelona de 17 de julio de 2014  
Sentencia de la AP de Pontevedra de 4 de junio de 2015

#### **JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA**

Auto del JPI nº 28 de Madrid de 19 de octubre de 1993  
Sentencia del JPI nº1 de Alcobendas de 16 de Septiembre de 1998  
Sentencia del Juzgado de Instrucción nº 4 de Sevilla de 25 de febrero de 2009  
Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 16 de Madrid de 18 de diciembre de 2009  
Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona de 25 de junio de 2009  
Sentencia del JPI nº 12 de Sevilla de 11 de marzo de 2010

Sentencia del JPI nº 5 de Pamplona de 11 de octubre de 2012

Sentencia del JPI en lo Civil y Comercial de Octava Nominación de Salta de 14 de marzo de 2013

Sentencia del JPI nº 6 de Tarragona de 9 de julio de 2015

## BIBLIOGRAFÍA

- ABA CATOIRA, A. "Los menores ante Internet: las redes sociales", *www.js-e.cat/site/arxius/pdfs/Ana-M- Aba-Catoira-PONENCIAS.pdf*.
- ABAD ALCALÁ, L., "La lucha por la intimidad en Internet", Madrid, 2001. Disponible en *http://pendientedemigracion.ucm.es/info/Cyberlaw/actual/9/leg04-09-01.htm*.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., "La representación", *ADC*, 1958, p. 769.
- Derecho Civil, T. I, vol. 2º*, 14ª ed., Bosch, Barcelona, 1996.
- ALÁEZ CORRAL, B., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003.
- ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., *El derecho a la imagen*, Tecnos, Madrid, 1997.
- ALONSO ÁLAMO, M., "Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales", *ADP*, T. 36, Fasc./Mes 1, 1983, p. 140 y ss.
- ALONSO PÉREZ, M., "La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica de 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Luces y sombras", *AC*, nº 2/6, 12 de enero 1997, p. 27.
- ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, J. M., *La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática*, Aranzadi, Madrid, 1999.
- ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentario sistemático de la Constitución Española de 1978*, Madrid, 1978.
- AMAT LLARI, E., *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*, La Ley, Madrid, 1992.
- ANDREU MARTÍNEZ, M. B., "Diez años de aplicación de la Children's Online Privacy Protection Act estadounidense. Reflexiones para el Derecho español", *Revista de Protección de Datos*, nº especial julio 2009-junio 2010, Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, Thomson Civitas, Madrid, 2010.
- La protección de los datos personales de los menores de edad*, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2013.



- AP-MTV, *Digital Abuse Study*, knoweldge, Networks, Palo Alto, 2011.
- ARENAS RAMIRO, M., "Las redes sociales, ¿un virus sin cura? Las ventajas y los problemas para sus usuarios". *Datos personales.org: La revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, nº 43, 2010, pp. 1-3.
- ARTEAGABEITIA GONZÁLEZ, I., *Los derechos del menor*, BOE, 2005.
- ARTEMI RALLO, L., *El derecho al olvido en Internet. Google versus España*, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2014.
- AZURMENDI ADARRAGA, A., *El derecho a la propia imagen: Su identidad y aproximación al derecho a la información*, Civitas, Madrid, 1997.
- AVILÉS, A. P., "Xred más segura. Informando y educando v 1.0", en <http://www.safecreative.org/work.2013>.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., *Protección del honor y de la intimidad, Comentarios a la legislación Penal (Derecho Penal y Constitucional), T. I*, Madrid, 1982.
- BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *El derecho fundamental al honor*, Tecnos, Madrid, 1992.
- BARTOLOMÉ TUTOR, A., *Los derechos de la personalidad del menor de edad, su ejercicio en el ámbito sanitario y en las nuevas tecnologías de la información y comunicación*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2015.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., "Revisión del contenido del bien jurídico honor", *ADPCP*, 1984, pp. 310 y ss.
- Honor y Libertad de expresión*, Tecnos Madrid, 1987.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Derecho privado y derecho de la persona*, 5ª ed., Bercal SA, Madrid, 2011.
- "Más novedades en el Código Civil," *RDA Civil- Mercantil* nº 8/2015, p. 2.
- BLASCO GASCÓ, F. DE P., "Algunas cuestiones del derecho a la propia imagen", *XIII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Salamanca 2007*, pp.1-64.
- BONILLA SÁNCHEZ, J. J., *Personas y derechos de la personalidad*, Reus, Madrid, 2010.
- BORRAS RODRÍGUEZ, A., "El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado", en su discurso de ingreso en la Academia

## BIBLIOGRAFÍA

---

- de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, *Revista Jurídica de Cataluña*, nº4, 1994, p. 927.
- BROMLEY, P. M., *Bromley's Family Law*, 7ª ed., Butterworths, London, 1987.
- BUSTOS LAGO, J. M., *La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la información (ISPss)*, *Tratado de Responsabilidad Civil*, (Coord. L. F. REGLERO CAMPOS), 2ª ed., Aranzadi, 2003.
- BUSTOS PUECHE, J. E., *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, Dykinson, Madrid, 1997.
- BUTTARELLI, G., "Los menores y las nuevas tecnologías", en *Redes sociales y privacidad del menor*, (Dir. J. L. PIÑAR MAÑAS), Reus, Madrid, 2011.
- CABEZUELO ARENAS, A. L., *Derecho a la Intimidad*, Valencia, 1998.
- CAMPUZANO TOMÉ, H., "Las redes sociales digitales: concepto, clases y problemática jurídica que plantean los albores del siglo XXI", *AC*, nº. 1, quincena del 1 al 15 de enero de 2011, pp. 1-3.
- CARBONELL GARCÍA, G., y MARTÍNEZ OTERO, J. M., "La publicación no consentida de imágenes de terceros en perfiles de redes sociales. Un análisis jurídico", *Actas del 9º Congreso Internacional de Ética y Derecho de la Información: La responsabilidad de las empresas informativas*, Fundación COSO, Valencia, 2011, pp. 1-18.
- CARBONIER, J., *Comment S. Cour D' Appel, Paris, 10 de abril 1959, Dalloz, 1960, Droit Civil, vol. I*, Paris, 1971.
- CARMONA SALGADO, C., *Libertad de expresión e información y sus límites*, Madrid, 1991.
- CARRETERO SÁNCHEZ, S., "Las redes sociales y su impacto en el ataque a los derechos fundamentales: aproximación general", *Diario La Ley*, nº 8718, Sección Doctrina, 9 de marzo de 2016, p. 21.
- CARRILLO M., "EL derecho a la propia imagen como derecho fundamental", *Revista jurídica de Asturias*, nº 18, 1994, p.16.
- "Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor", *Derecho Privado y Constitución*, 1996, nº 10, p. 98.
- CARUSO FONTÁN, M. V., *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J., *Instituciones de Derecho Privado. T. IV. Familia, v. 1º, Separata: Tema 5. La Patria Potestad*, Civitas, Madrid, 2001.

CASTÁN TOBEÑAS, J., “Los derechos de la personalidad”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1952, p. 49.

-*Derecho civil español común y foral, T. I, vol., II, Teoría de la relación jurídica. La persona y los derechos de la personalidad. Las cosas. Los hechos jurídicos*, 14ª ed., revisada y puesta al día por J. L. De Los Mozos, Reus, Madrid, 1987.

CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., “Artículo 154 CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, art. 142-180 CC, T. III, vol. 2º, (Dir. M. ALBALADEJO GARCÍA. y S. DÍAZ ALABART), Edersa, Madrid, 1982.

-“La patria potestad como función en el nuevo Derecho de Familia” en *Monográfico dedicado a la reforma española del Derecho de Familia de 1981, vol. I y II*, VVAA, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1982.

CASTELLÓ MARTÍNEZ, A., “Ética en publicidad Online”, Fonseca, *Journal of Communication*, nº1, 2010, ISSN: 2172-9077, pp. 220-238.

CASTILLO JIMÉNEZ, C., “Protección del derecho a la intimidad y el uso de las nuevas tecnologías de la información”, *Derecho y conocimiento*, vol. 1, Facultad de Derecho, Universidad de Huelva, [www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC01/A02.pdf](http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC01/A02.pdf).

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., “Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo”, *ADC*, octubre-diciembre 1983, pp. 1243-1261.

-“Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen”, *ADC*, 1994, Fasc. III, pp. 31-69.

COBO DEL ROSAL, M., y ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C., *EL acoso sexual*, CESEJ, Madrid, 2006.

COLOMA A. M., *Derecho a la intimidad, a la información y proceso penal*, Colex, Madrid, 1987.

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L., *Honor, Intimidad e Imagen. Un análisis jurisprudencial de la LO 1/1982*, Bosch, Barcelona, 1996.

-“El consentimiento en la Ley 1/1982 de 5 de mayo, con especial referencia la consentimiento prestado por menores e incapaces”, *Diario La Ley*, 1997, p. 17.

## BIBLIOGRAFÍA

---

- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “La intervención del Ministerio Fiscal en la autorización prestada por menores e incapacitados a las intromisiones en su honor, intimidad y derecho a la propia imagen”, RGD 1984- I, pp. 659-667 y 1984-II, pp. 979-985.
- CONTRERAS NAVIDAD, S., *La protección del Honor, la intimidad y la Propia Imagen en Internet*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2012.
- CREMADES GARCÍA J., “Acceso restringido a Internet”, en *Régimen Jurídico de Internet*, (Coords. M. FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, J. CREMADES GARCÍA y R. ILLESCAS ORTIZ), Wolters Kluwer, Madrid, 2001.
- CREVILLÉN SÁNCHEZ, C., *Derechos de la personalidad. Honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*, Actualidad Editorial S.A., Madrid, 1994.
- CRUZ VILLALÓN, P., “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 25, Enero/ Abril 1989, pp. 35-62.
- CUCHI DENIA, J. M., “La nueva regulación penal del derecho al honor y su incidencia en la libertad de información”, RGD, 1998, nº649-650, pp. 12375-12376.
- CUENCA PADILLA, A., “El nuevo delito de grooming del artículo 183 bis del Código Penal”, [https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2014/119297/TFG\\_acuencapadilla.pdf](https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2014/119297/TFG_acuencapadilla.pdf).
- DE CASTRO CID, B., *El reconocimiento de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1982.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España, T. II, Derecho de la persona, Parte primera. La persona y su estado civil*, Facsimilar, Civitas, Madrid, 1984.
- Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1952.
- Temas de Derecho Civil*, Marisal Madrid, 1970.
- DE COSSÍO, M., *Derecho al honor, Técnicas de protección y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- DE CUPIS, A., *La tutela dell'immagine contra la sua conoscenza, en Temi Romana*, 1956.
- Il diritti della personalità, en Trattato di Diritto Civile e Comérciale, vol. IV*, Milán, 1982.
- DE ESTEBAN J., y LÓPEZ GUERRA, L., *El régimen constitucional español*, Barcelona, vol. 2º, 1985.

- Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, Consejo General de la Abogacía Española, Asociación de Prensa de Madrid: *Menores en los medios de comunicación*. Estugraf Impresores, Madrid, 2011.
- DE LA IGLESIA MONJE, M. I., “Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: las garantías de una protección uniforme a los menores más vulnerables en base a su supremo interés”, *Diario La Ley*, nº 8590, Sección Documento on line, 24 de julio de 2015, pp. 1-4.
- DE LA ROSA CORTINA, J. M., “El derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores. Perspectivas en Derecho Civil, Penal y en reforma de menores”, *RPJ*, nº 72, 2003, p. 29.
- DE LA VALGOMA, M., “Comentario a la Ley Orgánica de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, *Anuario de derechos humanos*, nº 2, 1983, p. 657.
- DE LAMA AYMÁ, A., *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
- DE PRADA GONZÁLEZ, J. M., *La patria potestad tras la reforma del Código Civil*, AAMN, T. XXV.
- DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V., “La protección jurídica del derecho a la intimidad de los menores en la red” en *Los Derechos de la personalidad de los menores en las nuevas tecnologías*, (Dir. E. JORDÁ CAPITÁN y V. DE PRIEGO FERNÁNDEZ), El Derecho, Madrid, 2012.
- DE URBANO CASTRILLO, E., “Derechos de la personalidad e Internet”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 9, 2010, p. 2.
- DE VERDA Y BEAMONTE J. R., y SORIANO MARTÍNEZ, E., *La protección del derecho a la imagen de menores e incapaces*, Aranzadi, Pamplona 2011.
- DEL PORTILLO GARCÍA, A., “La hipnosis de las pantallas: reflexiones ante un posible despertar del telespectador”, *Comunicar: Revista científica iberoamericana de comunicación y educación*, nº 25, 2, 2005, CD-ROM.
- DEL VAS GONZÁLEZ, J. M., *Instituciones jurídicas de protección del menor en el derecho civil español*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2009.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Elementos de Derecho Civil II, vol. 2º*, de Lacruz Berdejo, Dykinson, Madrid, 2000.

## BIBLIOGRAFÍA

---

DÍAZ ALABART, S., “Nuevas tendencias en la responsabilidad civil de menores: el art. 19 de la LORPM”. *Estudios de Responsabilidad Civil en Homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, Dykinson, Madrid, 2001.

-*La responsabilidad Civil en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en Responsa Iurisperitorum Digesta, vol. 2, a cargo de Eduardo A. Fabián Caparros*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001.

DÍEZ-PICAZO, L. M., y GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil, vol. 1, Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 2003.

DÍEZ PICAZO, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, 3ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

DOGLISATTI, M., “Che cosa é l’interesse del minore?”, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, nº IV, octubre- diciembre 1992, pp. 1093-1099.

DOLZ-LAGO, M. J., “EL Fiscal y la reforma de los menores: balance de experiencias tras la Ley Orgánica 4/1992”, *La Ley*, nº 3955, enero 1996, p. 1.

DURÁN SEGURA, M., y MARTÍNEZ PECINO, R., “Ciberacoso mediante teléfono móvil e internet en las relaciones de noviazgo entre jóvenes”, *Revista científica iberoamericana de comunicación y educación*, nº 44, 2015, pp. 159-167.

ENCABO VERA, M. A., *Derechos de la personalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

ESQUINAS VALVERDE, P., “El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el Código Penal español (art. 189. 2º): Razones para su destipificación”, *Revista de derecho penal y criminología*, nº 18, 2006, pp. 171-228.

ESTRADA ALONSO, E., *El derecho al honor en la LO 1/1982, de 5 de mayo*, Civitas, Madrid, 1989.

-“El derecho a la imagen en la LO 1/1982, de 5 de mayo”, *AC*, nº 25, 1990, pp. 347-376.

FARIÑAS MANTONI, L. M., *EL derecho a la intimidad*, Trivium, Madrid, 1983.

FAYOS GARDÓ, A., *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000.

FRANK, R., *Das Stratgesetzbuch für das deutsche Reich*, Tübingen, 1926.

- FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. L., "Internet y los derechos fundamentales", *Anuario de la Rioja*, nº 6-7, 2000-2001, pp. 321-356.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., "La sanción penal de la llamada distribución de pornografía infantil a través de Internet y otras modalidades afines tras la reforma 15/2003", *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, A., "Derecho de la propia imagen del menor", *AC*, nº 7, pp. 1-19.
- FLORENSA TOMÁS, C. E., *Personalidad*, Nueva Enciclopedia jurídica, Barcelona, 1989.
- FLORES FERNÁNDEZ, J., "Ciberderechos: los e-derechos de la infancia en el nuevo contexto TIC", <http://www.pantallasamigas.net>.
- FLORES RODRÍGUEZ, J., "La tutela penal del menor frente a las nuevas tecnologías de la información tras la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal" en *Los derechos de la personalidad de los menores y las nuevas tecnologías*, (Dir. E. JORDÁ CAPITÁN y V. DE PRIEGO FERNÁNDEZ), El Derecho, Madrid, 2102.
- FOLGUERA CRESPO, J., "Protección del menor y libertad de información" *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 1993, nº 127, p. 3.
- Sensacionalismo informativo y protección del menor*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1995.
- FUMERO, A., y GARCÍA, J., "Redes sociales: contextualización de un fenómeno dos-punto-cero", *Telos: Cuadernos de comunicación e innovación*, nº 76, 2008, pp. 56-68.
- GAITÁN, L., "Ser niño en el siglo XXI", *Cuadernos de pedagogía*, nº 407, diciembre, 2010, p. 13.
- GALÁN JUÁREZ, M., *Intimidación. Nuevas dimensiones de un viejo derecho*, Centro de Estudios Ramón Areces SA, Madrid, 2005.
- GARCÍA GARNICA, M. C., *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado*, Aranzadi, 2004.
- GARCÍA GONZÁLEZ, J., *Ciberacoso. La tutela penal de la intimidación, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.



## BIBLIOGRAFÍA

---

- GARCÍA MÁZ, F. J., "Panorama general de la ley 1/1996 de 15 de enero de Protección jurídica del menor", *AC*, nº 34/22, 28 de septiembre de 1997, pp. 805-842.
- GARCÍA MEXÍA, P., *Principios de Derecho Internet*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- GARCÍA MORALES, M. J., "Regulación y autorregulación en Internet: el control de los contenidos y los datos en la LSSI", en *Cicle de conferencies sobre protecció de dades de caràcter personal 15 de novembre de 2005*, <http://www.apdcat.net/media/303.pdf>.
- GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., "El derecho penal como límite en el ejercicio de la libertades y derechos fundamentales. Protección penal del honor y la intimidad", *Estudios Penales*, Barcelona, 1984, p. 394.  
-*La protección penal del honor y su intimidad como límite al ejercicio del derecho a la libre expresión*, VVAA, Libertad de expresión y Derecho Penal, Edersa, Madrid, 1985.
- GARCÍA VALDECASAS, G., *Parte General del derecho civil español*, Civitas, Madrid, 1983.
- GARCIA VALDÉS, C., *Acerca del delito de pornografía infantil*, *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- GARCÍA VITORIA, A., *EL Derecho a la intimidad, en el derecho penal y en la Constitución de 1978*, Aranzadi, Pamplona, 1983.
- GETE ALONSO Y CALERA, M. C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1992.
- GIL ANTÓN A. M., "El fenómeno de las redes sociales y los cambios en la vigencia de los derechos fundamentales", *Revista de Derecho Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)*, nº 10, 2012, p. 243.  
-*La privacidad del menor en Internet*, *REDS*, nº 3, septiembre-diciembre 2013, p. 65.  
-*El derecho a la propia imagen del menor en Internet*, Dykinson, Madrid, 2013.  
-*¿Privacidad del Menor en Internet? "Me gusta" ¡¡¡ todas las imágenes de "mis amigos" a mi alcance con un simple "click"!!!*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2015, p. 91.
- GITRAMA GONZÁLEZ, M., *El derecho a la propia imagen*, Nueva Enciclopedia jurídica Seix, T. XI, Barcelona, 1962.



GÓMEZ HIDALGO, J. M., “Menores y Móviles, Usos, riesgos y controles parentales”, 19 de abril 2013, [www.mavir.net/docs/jmgomez-uem-abr2013.pdf](http://www.mavir.net/docs/jmgomez-uem-abr2013.pdf).

GÓMEZ-JUÁREZ SIDERA, I., “Reflexiones sobre el derecho a la protección de datos de menores de edad y la necesidad de su regulación específica en la legislación española”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 11, 2006, p. 86.

*-La protección de los datos del menor como e-consumidor. Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, (Coord. L. COTINO HUESO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Notas sobre la protección del menor en la esfera de los denominados “derechos de la personalidad con especial referencia a la imagen en la tutela de los derechos del menor”, *1º Congreso nacional del derecho civil*, Junta de Andalucía, Córdoba, marzo, 1984, pp. 221-227.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La degradación del derecho al honor (Honor y libertad de información)*, Civitas, Madrid, 1993.

GRIMALT SERVERA, P., *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Iustel, Madrid, 2007.

*-“Los menores en internet: capacidad versus protección de la vida privada” en Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albasa*, (Coords. M. CUENA CASAS, L. A. ANGUITA VILLANUEVA y J. ORTEGA DOMÉNECH), Dykinson, Madrid, 2013.

GULLÓN BALLESTEROS, A., “Sobre la Ley 1/1996, de Protección jurídica del menor”, *La Ley*, 8 de febrero de 1996, pp. 1-4.

HERAS HERNÁNDEZ M. M., “La protección jurídica del derecho al honor de los menores en Internet” en *Los derechos de la personalidad de los menores y las Nuevas Tecnologías*, (Dir. E. JORDÁ CAPITÁN y V. DE PRIEGO FERNÁNDEZ), El Derecho, Madrid, 2102.

HEREDERO CAMPO, M. T., “Cuaderno Red de Cátedras Telefónica. Web 2.0: Afectación de Derechos en los Nuevos Desarrollos de la Web Corporativa”, *Cátedra telefónica de la Universidad de Salamanca*, nº 6, Mayo 2012, [www.catedratelefonica.es](http://www.catedratelefonica.es).

HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ A., y RAMÓN FERNÁNDEZ, F., “El derecho a la propia imagen de los menores en los medios de comunicación y redes sociales”, *Revista de derecho y nuevas tecnologías*, nº20, 2009-2, pp. 19-36.

## BIBLIOGRAFÍA

---

- HERNÁNDEZ GIL, F., *El Ministerio Fiscal en las Instituciones Protectoras del menor*, AAMN, Madrid, 1995.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., *La situación jurídica del menor en el marco de las leyes de las Comunidades Autónomas*, Dykinson, Madrid, 1998.
- HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F., *Honor, intimidad y propia imagen*, 2ª ed., Colex, Madrid, 1994.
- HIERRO LIBORIO, L., “La intimidad de los niños: un test, para el derecho a la intimidad” en *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, (Coord. J. M. SAUCA), Universidad Carlos III, BOE, Madrid, 1994.
- HUALDE SÁNCHEZ, J., *Manual de Derecho Civil, Tomo I*, Madrid, 1997.
- IBÁÑEZ-MARTÍN, J. A., “Estudios sobre retos éticos-pedagógicos en entornos virtuales. Análisis de la realidad y propuestas educativas”, *UNIR*, julio de 2013, [www.menoreseninternet.com/descargas/resultados\\_estudio\\_UNIR\\_GDI.pdf](http://www.menoreseninternet.com/descargas/resultados_estudio_UNIR_GDI.pdf).
- IGARTÚA ARREGUI, F., “La protección del honor y la intimidad. Comentario a la Sentencia de la Sala Primera del TS de 4 de noviembre de 1986”, *Poder Judicial*, 1987, p. 96.
- La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*, Tecnos, Madrid, 1991.
- IGLESIAS CUBRÍA, M., *El derecho a la intimidad*, Universidad de Oviedo, 1970.
- JAÉN VALLEJO, M., *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Madrid, 1992.
- JAVIER SEMPERE, F., “Reglamento Protección de datos de la UE: el consentimiento de los menores”, Artículo de fecha 9 de diciembre de 2013, <http://privacidadlogica.es>.
- “Reflexiones sobre la responsabilidad de Google en el Derecho al olvido”, Artículo de fecha 13 de mayo de 2014, <http://privacidadlogica.es>.
- JIMÉNEZ LÓPEZ, J., *Derecho a la libertad, conciencia y religión de los menores de edad: algunos problemas*, en *Protección jurídica del menor*, (Asociación de letrados de la Junta de Andalucía), Comares, Granada, 1997.
- JORDÁ CAPITÁN, E., “La utilización y protección jurídico-civil de la imagen de los menores en la red, aspectos legales y praxis judicial” en *Los derechos de la personalidad de los menores y las nuevas Tecnologías*, (Dirs. E. JORDÁ CAPITÁN y V. DE PRIEGO FERNÁNDEZ), El Derecho, Madrid, 2012.

JORDANO FRAGA, F., "La capacidad general del menor", *RDP*, octubre, 1984, pp. 883-904.

JOYAL RENÉE, "La notion d'intérêt supérieur de l'enfant, sa place dans la Convention des Nations Unies sur les Droits de l'enfant", *Revue Internationales de Droit Penal*, nº 3-4, 1991, p. 791.

JUANETHEY DORADO, C., y DOVAL PAIS, A., "Límites de la protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes". En *La protección jurídica de la intimidad*, (Dir. J. BOIX REIG), Iustel, Madrid, 2010.

- "La protección de los menores en los medios audiovisuales en Estados Unidos", *Derecho Comparado de la Información*, nº 17, 2011, pp. 121-163.

LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil I, Parte General, vol. 2º, Personas, ed. revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría*, Dykinson, Madrid, 1998.

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Curso de derecho civil patrimonial. Introducción al derecho*, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 1996.

- *Principios de derecho civil, T. 1, Parte General y derechos de la persona*, 5ª ed., Trivium, Madrid, 1996.

LÁZARO GONZÁLEZ, I., *Los menores en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 2002.

- "La reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", *SEPÍN*, 2015, SP/DOCT/18970, pp. 3-4.

LEAL PÉREZ-OLAGUE, M. L., "Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de 1996 de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil", *La Ley*, 1 de marzo de 1996, pp. 14 y ss.

LETE DEL RÍO, J. M., *Derecho de la persona*, Tecnos, Madrid, 1986.

LIGUORI, G., *Difamaciones a mezzo stampa*, Bolonia, 1974.

LÓPEZ DÍAZ, E., *El derecho al honor y a la intimidad*, Dykinson, Madrid, 1996.

LÓPEZ FRÍAS, M. J., "El ejercicio de los derechos personalísimos de los enfermos psíquicos", *Revista de Derecho Privado*, 1999, abril, p. 304.

LÓPEZ SÁNCHEZ C., *La responsabilidad civil del menor*, Dykinson, Madrid, 2001

## BIBLIOGRAFÍA

---

- LORENZO, A., "El caso Handyside: una decisión de la Corte Europea de los derechos del hombre sobre las publicaciones obscenas destinadas a menores de edad", *RDP*, T. LXII, febrero 1978, pp. 36-50.
- LORENTE LÓPEZ, M. C., *Los derechos al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia imagen del menor*, Aranzadi, Navarra, 2015.
- LUQUIN BERGARECHE, R., *La protección Jurídico-Civil del Menor Usuario de Telefonía Móvil en la Sociedad de la Tecnología*, Cuadernos de Aranzadi civil, Navarra, 2012.
- MACÍAS CASTILLO, A., "El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen", *La Ley*, nº 6911-6913, 2008, pp. 1-15.
- MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J., "Los Códigos de conducta como fuente de Derechos" *Derecho Privado y Constitución*, nº 17, Enero-Diciembre 2003, p. 362.
- MANNA, A., *Tutela penale della personalit a*, Bolonia, 1993.
- MARCHENA GÓMEZ, M., "La protección de la intimidad de los menores: perspectivas civil y penal", *RDG*, 1994, p. 12486.
- MARCO MARCO, J. J., "Menores, ciberacoso y derechos de la personalidad" en *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, (Coord. J. GARCÍA GONZÁLEZ), Tirant lo Blanch, Valencia 2010.
- MARKBAUERLEIN, *The Dumbest Generation: How the Digital Age Stuporfies Young Americans and Jeopardizes Our Future (Or Don't Thust anyone Ander 30)*, Tarcher, 2008.
- MARTÍN BERNAL, J. M., "Los derechos de la personalidad en la Constitución Española", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 1, enero 1979, pp. 3-32.
- MARTÍN GARCÍA, M. L., "El derecho a la propia imagen de los menores de edad. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 26 de marzo de 2003", *RDP*, nº 3-4 marzo de 2004, pp. 235-253.
- MARTÍN MORALES, R., *El derecho fundamental al honor en la actividad política*, Granada, 1994.
- MARTÍN MUÑOZ, A. J., "El contenido patrimonial del derecho a la propia imagen", *RDM* nº 242, octubre-diciembre, 2001, p. 1768.
- MARTÍN, L., "Le secret de la vie priv ee", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1959, pp. 227 y ss.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad: Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil”, *ADC*, T. XLV, Fasc. IV, octubre-diciembre 1992, pp. 1391-1498.

-*Curso de Derecho Civil (I). Derecho privado. Derecho de la persona*, 2ª ed., VVAA, (Coord. P. DE PABLO CONTRERAS), Colex, Madrid, 2011.

MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J., *EL derecho a la intimidad en la Jurisprudencia Constitucional*, Civitas, Madrid, 1993.

MARTÍNEZ OTERO, J. M., *La protección jurídica de los menores en el entorno audiovisual*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2013.

-“La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico”, *Nueva Época*, nº 12, diciembre, 2013, p. 6.

-“La protección de los menores en los medios audiovisuales en Estados Unidos”, *Derecho Comparado de la Información*, nº 17, 2011, pp. 121-163.

MATA RIVAS, F., “El derecho del menor a ser oído y la incidencia de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en el derecho aragonés”, *Boletín de los Colegios de Abogados de Aragón*, nº 158, 1996, pp. 51-53.

-*Ley Orgánica de protección jurídica del menor, legislación estatal, Internacional y de las Comunidades Autónomas*, Colex, Madrid, 1997.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *El principio de Libre Desarrollo de la Personalidad en el Ámbito privado*, Thomson Reuters, Navarra, 2010, pp. 143-145.

MEJAN, L. M., *El derecho a la intimidad y la informática*, México, 1994.

MENÉNDEZ ALZAMORA, M., “EL derecho al honor del art. 18 de la Constitución Española de 1978”, *Revista General del Derecho*, 1987, p. 4882.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A., “Algunas consideraciones sobre protección de datos personales de las personas menores de edad en Internet” en *Los derechos de la personalidad de los menores y las nuevas Tecnologías*, (Dir. E. JORDÁ CAPITÁN y V. DE PRIEGO FERNÁNDEZ), El Derecho, Madrid, 2012.

MIERES MIERES, L. J., *Intimidad Personal y familiar*, (Prontuario de Jurisprudencia Constitucional), Aranzadi, Navarra, 2002.

## BIBLIOGRAFÍA

---

- MITCHELL, K. J., FINKELHOR, D., y OTROS, "Prevalence and Characteristics of Youth Sexting", *A Nacional Study, Pediatrics*, nº 129-1, 2012.
- MONSORIU FLOR, M., *Manual de Redes Sociales en Internet*, Creaciones Copyright, Madrid, 2009.
- MONTÓN GARCÍA, M. L., "Derecho al honor, intimidad, y propia imagen; protección civil y su conflicto con la libertad de información y expresión", *La ley* 1995-1, p. 875.
- MORALES PRATS, F., "Internet y riesgos para la intimidad", *Cuadernos del Poder Judicial*, nº 10, 2001, pp. 63-81.
- "Derecho a la intimidad versus tratamiento de datos sanitarios", *Derecho y Salud*, 2001, vol. nº 2, pp. 146-147.
- "El derecho penal ante la pornografía infantil en Internet", en *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet*, (Coords. F. MORALES PRATS, O. MORALES GARCÍA), Cizur Menor, 2002.
- MORALES PRATS, F., y GARCÍA ALBERO, R.; *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, (Coord. G. QUINTERO OLIVARES), 4ª ed., Aranzadi, Navarra, 2004.
- MORENO NAVARRETE, M. A., "Aspectos jurídico privados de las tecnologías Web.2.0" en *La protección jurídica de la intimidad*, (Dir. J. BOIX REIG, Coord. A. JAREÑO LEAL), Iustel, Madrid, 2010.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, Dikynson, Madrid, 2005.
- *Cuestiones conflictivas en la actual regulación de los delitos de pornografía infantil. Ciber-acoso: La tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, (Coord. J. GARCÍA GONZÁLEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, M., "La protección jurídica del menor en las redes sociales", *Revista Constitucional*, nº 112, 2010, pp. 361-380.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 1996.
- MUÑOZ GARCÍA, C., "Anteproyecto de Ley de Protección de la infancia: mejorar la situación de la infancia y la adolescencia y garantizar una protección uniforme" *Diario La Ley*, nº 8342, Sección Tribuna, 27 de junio de 2014, Ref. D 214, p. 6.

MUSCO E., *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milán, 1974.

NAVARRO MICHEL, M., "Los derechos a la intimidad y propia imagen del menor. Algunos supuestos conflictivos", *RDP*, marzo-abril, 2009, pp. 48-74.

-*La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, J. M. Bosch, 1998.

NOVOA MONREAL, E., *Derecho a la vida privada y libertad de información*, S. XXI, Madrid, 1989.

NÚÑEZ MUÑOZ, C., "Algunas Consideraciones sobre la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección jurídica del menor", *La Ley*, nº 5, 1996, p. 1484.

O'REILLY, T., *Que es Web 2.0. Patrones del diseño y modelos del negocio para la siguiente generación del software*, San Francisco, 2004.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., "Síntesis de los derechos de la personalidad", *AC*, 2/1986, pp. 1885 y ss.

-*"Derecho al honor"*, *AC*, 1/1990, pp. 3 y ss.

-*Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Edersa, Madrid, 1991.

-*"Personalidad y derechos de la personalidad (Honor, Intimidad e Imagen) del menor, según la Ley de Protección del menor"*, *La Ley*, nº4077, 11 de julio de 1996, pp. 1-7.

-*Compendio de derecho civil, T. I, Parte General*, 3ª ed., Edersa, Madrid, 1997.

-*Compendio de derecho civil, IV*, Edersa, Madrid, 2001.

-*La tutela. Actos personalísimos*, en *La protección jurídica del discapacitado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

OESTREICH, G., y SOMMERMANN, K. P., *Pasado y presente de los derechos humanos*, Edición a cargo de M. Mikunda. Tecnos, Madrid, 1990.

OROZCO PARDO, G., "Intimidad, privacidad, "extimidad" y protección de datos del menor ¿Un cambio de paradigma?" en *La protección Jurídica de la intimidad*, (Dir. J. BOIX REIG, Coord. A. JAREÑO LEAL), Iustel, Madrid, 2010.

ORTI VALLEJO, KAYSER, P., *La protección de la vie privée*, Económica, París, 1984.



## BIBLIOGRAFÍA

---

- PALACIOS GONZÁLEZ, M. D. “La tensión entre educar, proteger y promover la autonomía personal: el ejercicio de los derechos de la personalidad por los menores de edad” en *Relaciones paterno-filiales Congreso Idafe 2011*, (Dir. C. LASARTE ÁLVAREZ, Coord. F. J. JIMÉNEZ MUÑOZ), Tecnos, Madrid, 2014.
- PANIZO GALENCE, V., “El ciber-acoso con intención sexual y el child-grooming. Cuadernos de criminología”, *Revista de criminología y ciencias forenses*, nº 15, 2014, pp. 24-25.
- PANTOJA GARCÍA, F., *Algunas notas y comentarios a la Ley Orgánica de 1996, de protección jurídica del menor y su aplicación práctica*, Colex, Madrid, 1997.
- PARRA LUCÁN, M. A., *La voluntad y el interés de las personas vulnerables. Modelos para la toma de decisión en asuntos personales*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2015.
- PASCUAL MEDRANO, A., “Los derechos fundamentales y la ley de Protección del Menor”, *Revista Jurídica de Navarra*, nº 22, Julio-Diciembre, 1996, pp. 249-264.
- Los derechos fundamentales y la nueva Ley de protección al menor*, en *La Protección Jurídica del menor*, (Coord. I. GARCÍA SERRANO), León, 1997.
- El derecho fundamental a la propia imagen, Fundamento, contenido, titularidad y límites*, Aranzadi, 2003.
- La tutela. Actos personalísimos en La protección jurídica del discapacitado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- PÉREZ DE CASTRO, N., *El menor emancipado*, Tecnos, Madrid, 1988.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Delimitación conceptual de los derechos humanos y Derechos humanos, significación, estatuto jurídico y sistema*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979.
- Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1995.
- PÉREZ VELASCO, M. M., y CONDE CASTEJÓN, J., “Regulación versus autorregulación en Internet y los nuevos servicios de comunicación. Régimen jurídico de Internet”, *La Ley*, Madrid, 2002, p. 123.
- PIÑAR MAÑAS, J. L., “El derecho fundamental a la protección de datos y la privacidad de los menores en las redes sociales” en *Redes Sociales y privacidad del menor*, (Dir. J. L. PIÑAR MAÑAS), Reus, Madrid, 2011.



- PISCITELLI, A., "Nativos e inmigrantes digitales ¿Brecha generacional, brecha cognitiva, o las dos juntas más aún?", *Revista mexicana de investigación educativa*, nº 28, 2006, pp. 179-185.
- PLAZA PENADÉS, J., *El derecho al honor y la libertad de expresión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- PRATS ALBENTOSA, L., "Principios de protección de datos: Calidad de los datos, consentimiento para el tratamiento de datos y deber de información" en *Comentario al Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (aprobado por RD 1720/20079, de 21 de diciembre)*, (Dir. A. PALOMAR OLMEDA y P. GONZÁLEZ-ESPEJO), Thomson-Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2008.
- PRIETO SANCHÍS, L., "Protección de los derechos fundamentales (Comentario al artículos 53 de la Constitución), en *Comentarios a las leyes políticas, T. IV*", (Dir. O. ALZAGA VILLAAMIL), *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1983, pp. 447-495.
- PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de derecho civil, 1-1ª Primera parte. Parte general. Sujeto y objeto del derecho*, por L. PUIG FERRIOL, Bosch, Barcelona, 1979.
- La protección del derecho al honor, a la intimidad, y a la propia imagen en Fundamentos de derecho civil, T. II, vol. 3º*, Barcelona, 1983.
- PUIG FERRIOL, L., GETE-ALONSO Y CALERA, M. DEL C., GIL RODRÍGUEZ, J., y HUALDE SÁNCHEZ, J., *Manual de Derecho Civil, T. II*, Marcial Pons, 1998.
- PREFANETA RODRÍGUEZ, J., "La privacidad de los menores y el marketing a través de Internet", *Noticias Jurídicas*, Junio, 2002, en línea: <http://noticiasjuridicas.com>.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 5ª ed., Atelier, Barcelona, 2008.
- RAMOS CHAPARRO, E. J., *La persona y su capacidad civil*, Tecnos, Madrid, 1995.
- RAVANAS, J., *La protection des personnes contre la realisation et la publication de leur image*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1978.
- RAYMOND CHOO, K. K., "Online child grooming: a literatura review on the misuse of social networking sites for grooming children for sexual offences", *AIC Reports, Research and Public Policy Series*. Nº103, JI, 2009, p. 7.
- REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, Madrid, 2000.

## BIBLIOGRAFÍA

---

- “Tutela de la intimidad, honor y propia imagen del menor en Internet” en *Menores e Internet*, (Dir. S. PÉREZ ÁLVAREZ), Aranzadi, Navarra 2014.
- La imagen como dato*, Anuario Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá de Henares. Servicio de Publicaciones, nº 2, 2009, <http://hdl.handle.net/10017/6442>.
- RESCIGNO, *Il diritto all'intimità de la vita privata. Il diritto alla riservatezza e la sua tutela penal*, Milán, 1970.
- RIGEAX, F., *La protección de la vie privée et des autres biens de la personnalité*. Bruylant, Bruselas, 1990.
- RIPOLLÉS SERRANO, M. R., y E., “Derecho al honor e intimidad y derecho de información”, *Revista de las Cortes Generales*, nº16, 1989, p. 190.
- RIVERA FERNÁNDEZ, M., “Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica al menor”, *RGD*, junio, 1996, p. 6505.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2007.
- *Elementos de Derecho Civil, T. I, vol. 2º*, de LACRUZ, SANCHO LUNA, DELGADO, RIVERO, RAMS, 5ª ed., revisada y puesta al día por DELGADO, Dykinson, Madrid, 2008.
- ROCA TRÍAS, E., “El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado”, discurso de contestación a la académica de número Dra. Alegría Borrás, en su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 4, 1994, pp. 976-977.
- Familia y Cambio social (De la casa a la persona)*, Cuaderno Civitas, Barcelona, 1999.
- RODOTÁ, S., “Códigos de conducta: entre hard law y soft law”, en *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, (Coord. A. REAL PÉREZ), Marcial Pons, Madrid, 2010.
- RODRÍGUEZ DEVESA, M., *Derecho penal Español, Parte Especial*, Madrid, 1994.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J. P., “El proceso de constitucionalización de una exigencia ética fundamental: el derecho a la intimidad”, *Derechos y libertades*, nº 3, 1994, pp. 363 y ss.

- RODRÍGUEZ RUIZ, B., *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.
- ROGEL VIDE, C., “Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas”, *Revista de Estudios Políticos*, 1987, pp. 2-84-157.
- ROJO AJURIA, L., “La tutela civil del derecho a la intimidad”, *ADC*, I-III, 1986, p. 149.
- ROMERO COLOMA, A. M., *Derecho a la intimidad, a la información y proceso penal*, Colex, Madrid, 1987.
- Los derechos al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión e información. Problemática procesal*, Serlipost, Barcelona, 1991.
- “Menores de edad y derecho a su imagen: a propósito de la Sentencia del TC 29/06/2009”, *Revista de derecho de familia: Doctrina, jurisprudencia, legislación*, nº 52, 2011, pp. 269-279.
- ROVIRA SUEIRO, M. E., *El derecho a la propia imagen. Especialidades de la responsabilidad civil en éste ámbito*, Comares, Granada, 2000.
- ROYO JARA, J., *La Protección del derecho a la propia imagen, según la Ley 5 de mayo de 1982*, Colex, Madrid, 1987.
- RUBIO SAN ROMÁN, J. I., “Comentario al art. 162 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil, T. II, vol. 2º*, (Coords. J. RAMS ALBESA y R. M. MORENO FLÓREZ), Bosch, Barcelona, 2000.
- RUIZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995.
- RUIZ-RICO RUIZ, J. M., y GARCÍA ALGUACIL, M. J., *La representación legal de menores e incapaces*, Aranzadi, Navarra, 2004.
- SAÉZ-SANTURTÚN PRIETO, M., “La prueba obtenida a través de los mensajes en redes sociales a raíz de la STS de 19 de mayo de 2015”, *Diario La Ley*, 3 noviembre 2015, p.4.
- SAMUEL WARREN, y LOUIS BRANDEIS, *El derecho a la intimidad*, Civitas, Madrid, 1995.
- SANJURJO REBOLLO, B., *Manual de Derecho de la Información*, Dykinson, Madrid, 2009.

## BIBLIOGRAFÍA

---

SALVADOR CODERCH, P., *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

-¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del libelo, Madrid, 1987.

SALVADOR CODERCH, P., RAMOS GONZÁLEZ, S., LUNA YERGA, A., “Poder de la prensa y derecho al honor. Comentario a la reforma del art. 525 LEC”, *Working Paper*, nº. 214, *Indret*, Barcelona, 2004, p. 4.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., y BLANCO CORDERO, I., “Problemas del derecho penal internacional en la persecución de delitos cometidos a través de Internet”, *AP*, nº 7, febero 2002, p. 185.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., “Un caso de secuestro internacional de menores por parte del titular de la guarda y custodia: el interés del menor”, *AC*, nº 1,1999, p. 308.

-“Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del libre ejercicio de los derechos de la personalidad”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, 1º ed., vol. 4º, Civitas, Madrid, 2003.

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

SANCHO CASAJUS, C., “Los derechos de la personalidad de los menores en Aragón”, [www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros](http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros).

SANCHO REBULLIDA, F. DE A., *Parte General del derecho civil, vol. 2, Personas*, por LACRUZ BERDEJO J. L., SANCHO REBULLIDA, F. de A LUNA SERRANO, A., L., DELGADO ECHEVARRÍA, J. D., y RIVERO HERNÁNDEZ, F., Bosch, Barcelona, 1990.

SANTOS MORÓN, M. J., *Incapitados y derechos de la personalidad. Tratamientos Médicos. Honor, intimidación e imagen*, Escuela Libre, Madrid, 2000.

-A propósito de la STS de 26 de marzo de 2003: Menores y Medios de Comunicación. El art. 4 LO 1796 de protección jurídica del menor, en libro Homenaje al Prof. Manuel Albaladejo García, II, Colegio de Registradores, Madrid, 2004.

SEIJAS QUINTANA, J. A., “Las consecuencias de la separación y el divorcio: el interés del menor. Alimentos. Guarda y custodia. Régimen de visitas. Aspectos internacionales. La vía convencional como medio de solución de conflictos. Especial Referencia a los Convenios de la Haya. Luxemburgo y Bruselas”, *AC*, nº 29, julio 1997, pp. 642-643.

- SEMPERE SAMANIEGO, J., *Comentarios prácticos a la Propuesta de Reglamento de Protección de datos de la Unión Europea*, libro publicado mediante Licencia Creative Commons Reconocimiento –No comercial- Compartir igual CC BY-NC-SA, <http://es.linkedin.com/pib/fco-javier-sempere-samaniego/19/4bb/bba>.
- SERRANO CHAMORRO, M. E., “Estudio General del derecho a ser oído del menor tras un año de vigencia de la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996”, *La Ley*, nº 4294, 23 de mayo de 1997, D-140, pp. 1752-1754.
- SERRANO ALBERCA, J. M., *Comentario al art. 18 de la Constitución española en GARRIDO FALLA y otros Comentarios a la Constitución*, 2ª ed., Madrid Civitas, 1985.
- SERRANO ALONSO, E., *Derecho de la persona*, La ley, Madrid, 1992.
- “Comentario al artículo 154 del Código Civil”, en *Comentario del Código Civil*, T. I., (Coord. I. SIERRA GIL DE LA CUESTA), Bosch, Barcelona, 2000.
- SERRANO GARCÍA, J. A., “Aspectos civiles de la ley aragonesa 10/1989, de 14 de diciembre, de Protección de Menores”, *Revista Jurídica de Navarra*, Julio-Diciembre, 1991, pp. 32-42.
- SWINDLER WILIAM, F., *Problems of Law in Journalism*, 1955.
- TAMARIT SUMALLA, J. M., *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual. Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, Aranzadi, Navarra, 2002.
- TÉLLEZ AGUILERA, A., *Nuevas Tecnologías. Intimidad y Protección de Datos*, Edisofer SL, Madrid, 2001.
- TRONCOSO REIGADA, A., *La protección de datos personales. En busca del equilibrio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- “Las redes sociales a la luz de la propuesta de reglamento general de protección de datos personales”, *Revista de Internet Derecho y Política*, nº 15, Noviembre, 2012, p. 37.
- “Hacia un nuevo marco jurídico europeo de la protección de datos personales”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 43, julio-septiembre 2012, pp. 25-184.
- “La protección de los datos sanitario del menor”, en *Nuevos retos que plantean los menores en Derecho. III Jornadas sobre Derecho de los menores*, (Coords. I. E LÁZARO GONZÁLEZ y I. V. MAYORAL NARROS), Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2004.

## BIBLIOGRAFÍA

---

- TRUYOL SERRA, A., y VILLANUEVA ETCHEVARRÍA, R., "Derecho a la intimidad e informática", *Revista de Informática y Diritto*, nº 1, 1975, p. 173.
- URABAYEN, M., *Vida privada e información: un conflicto permanente*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1977.
- VVAA, *Derecho Penal. Parte especial*, 2º ed., Atelier, Barcelona, 2008.
- VARELA GARCÍA, C., "Comentarios a la LO 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor: Principios programáticos y normas de conflicto", *AC*, nº 12, marzo de 1997, p. 262.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E., "Protección de datos, redes sociales y menores", *Revista de Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 29, 2012, pp. 54-58.
- VENTOSO ESCRIBANO, A., *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, Colex, Madrid, 1989.
- VERA SANTOS, J. M., "Derechos fundamentales en Internet y nuevas tecnologías de la información y de la comunicación", en *Principios de Derecho de Internet*, (Coord. P. L. GARCÍA MEXÍA), 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- VERCELLONE, P., *Il diritto sul proprio ritratto*, Utet, Turín, 1959.
- VIDAL MARÍN, T., *El derecho al honor y su protección desde la Constitución Española*, Centro de Estudios políticos y Constitucionales. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001.
- VIDAL MARTÍNEZ, J., *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982*, Montecorvo, Madrid, 1984.
- VILLAGRASA ALCAIDE, C., "El interés superior del menor" en *Derecho de la persona*, (Coord. I. RAVETLLAT BALLESTÉ), Bosch, Barcelona, 2011.
- VILASAU SOLANA, M., "Derecho a la intimidad y protección de datos personales", en *Derecho y nuevas Tecnologías*, Uoc, Barcelona, 2005.
- "Privacidad, redes sociales y el factor humano" en *Derecho y redes sociales*, (Coords. A. RALLO LOMBARTE y R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ), Civitas, Navarra, 2010.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., "Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)", en *Tratado de Responsabilidad civil*, (Coord. L. F. REGLERO CAMPOS), 8ª ed., Cizur-Menor: Thomson-Aranzadi, 2008.

ZUNÓN VILLALOBOS, M. “La garantía Civil de la Privacidad”, *Revista de Aranzadi Doctrinal*, nº 9, 2013, pp. 153-181.

## DOCUMENTOS CITADOS

Instrucción 1/1993, de 16 de marzo, sobre las líneas generales de actuación del MF en el procedimiento de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio.

Instrucción 2/1993, de 15 de marzo, sobre la función del MF y el Derecho a la intimidad de los menores víctimas de un delito.

Circular 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000.

Memoria 2000, AEPD, Madrid, 2001.

Circular 1/2001, de 5 de abril, relativa a la incidencia de la nueva LEC en la intervención del Fiscal en los procesos civiles.

Instrucción 3/2005, de 7 de abril sobre las relaciones del MF con los medios de comunicación.

Instrucción 1/2006, de 12 de diciembre de la AEPD sobre el tratamiento con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras.

Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad e imagen de los menores.

Recomendación 2006/95/CE.

Dictamen 285/2006, sobre la prestación de un servicio teletaxi de la AEPD.

Dictamen 425/2006, sobre la naturaleza de los datos contenidos en la placa de matrícula de un vehículo y el nivel de protección exigido por la Ley de dichos datos de la AEPD.

Instrucción 1/2007, de 15 de febrero, sobre actuaciones jurisdiccionales e intimidad de menores.

Dictamen 4/2007 sobre concepto de datos personales, Grupo de Trabajo de Protección de Datos del art. 29.

Documento "Data Protección GOE Practica Note" redactado por ICO , 2007.

Dictamen 334/2008, sobre la creación de un fichero cuyo único dato es el DNI o NIF de la AEPD.



Informe del Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO) y la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), *Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online*, 2008.

*Derechos de niños y niñas deberes de los padres y madres* publicada por la AEPD, 2008.

Dictamen 2/2009, sobre la protección de los datos personales de los niños, Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Art. 29.

Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea, Comisión Europea, Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Art. 29.

*Estudio sobre hábitos seguros en el uso de las TIC por niños y adolescentes y e-confianza de sus padres*, Observatorio de la Seguridad de la Información, Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, 2009.

La 31ª Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad, Resolución de Madrid, AEPD, Madrid, 2009.

*Estudio sobre privacidad de los Datos Personales y la Seguridad de la Información en las Redes Sociales Online* elaborado por el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO), 2009.

*Estudio sobre seguridad y privacidad en el uso de los servicios móviles por los menores españoles*, elaborado conjuntamente por el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO) a través del Observatorio de la Seguridad de la Información y France Telecom España (Orange), abril 2010.

*Estudio sobre hábitos seguros en el uso de smartphones por los niños y adolescentes españoles*, realizado por INTECO Y ORANGE, noviembre, 2011.

*Guía sobre adolescencia y sexting: que es y cómo prevenirlo*, Observatorio de la Seguridad de la Información, Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, Madrid, 2011.

Instrucción 2/2011, de 11 de octubre sobre el Fiscal de Sala de Criminalidad Informática y las secciones de criminalidad informática de las Fiscalías.

Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo de 25 de enero de 2012.

*Estudio sobre la percepción acerca de los usuarios en Internet*, elaborado por INTECO, diciembre de 2012.

## DOCUMENTOS CITADOS

---

*Estudio sobre seguridad en dispositivos móviles y smartphone*, realizado por INTECO, diciembre 2012.

II Congreso Nacional de Privacidad organizado por la Asociación Profesional Española de Privacidad, Madrid, 13 y 14/6/2013.

*Estudio: Menores de edad y Conectividad Móvil en España: Tablets y Smartphone*, elaborado por el Centro de Seguridad en Internet para los menores en España. Protégeles, dependiente del Safer Internet Programme de la Comisión Europea, Enero, 2014.

Plan Director para la Convivencia y Mejora de la Seguridad en los Centros Educativos y sus Entornos para 2014-2015.

El Código británico es el Mobile Operator Code of Practice for the self- Regulation of New Forms of Content on Móviles, y la instancia de reclamaciones, el Independent Mobile Classification Body (IMCB).

Dictamen de la European Consumer Association, Position Paper.

Circular 2/2015, de 19 de junio de 2015, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015.

Circular 9/2015, de 22 de diciembre, sobre la intervención del MF en la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

## DIRECCIONES DE INTERNET

*AEPD@navega seguro.*

*[http://194.109.159.7/tna/20100712052614/http://ico.gov.uk/upload/documents/library/data\\_protection/practical\\_application/collecting\\_personal\\_information\\_from\\_websites\\_v1.0.pdf](http://194.109.159.7/tna/20100712052614/http://ico.gov.uk/upload/documents/library/data_protection/practical_application/collecting_personal_information_from_websites_v1.0.pdf).*

*<http://www.abc.es>.*

*[www.agpd.es](http://www.agpd.es).*

*[https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/codigos\\_tipo/index-ides-idphpg.php#rgpg](https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/codigos_tipo/index-ides-idphpg.php#rgpg).*

*[http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/conferencias/common/pdfs/31conferencia\\_internacional/estándares\\_resolución\\_Madrid\\_es.pdf](http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/conferencias/common/pdfs/31conferencia_internacional/estándares_resolución_Madrid_es.pdf).*

*[http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/pdfs/guia\\_videovigilancia.pdf](http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/pdfs/guia_videovigilancia.pdf).*

*[https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/recomendaciones/common/pdfa/recomendaciones\\_comercio\\_electronico.pdf](https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/recomendaciones/common/pdfa/recomendaciones_comercio_electronico.pdf).*

*[www.apd.cat](http://www.apd.cat).*

*<http://www.beuc.org/BEUCNoFrame/Docs/2/EMCCOKNDDMCAHGPOAJPLPKIGPDWY9D1AY9DW3571KM/BEUC/docs/DLS/2012-00531-01>.*

*<http://bibliotecaescolardigital.es/comunidad/BibliotecaEScolarDigital/recurso/encalifornia-los-menores-tendrán-derecho-al-olvido/fde7c94c-ac4a-4685-ad85-367a>.*

*[www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf](http://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf).*

*[www.catedratelefonica.es](http://www.catedratelefonica.es).*

*[http://cert.inteco.es/Proteccion/Menores\\_protegidos](http://cert.inteco.es/Proteccion/Menores_protegidos).*

*<http://curia.europea.eu/es/actu/communiques/cp03/aff/cp0396es.htm>.*

*<https://corporate.Tuenti.com/es/blog/joo>.*

*<http://corporate.Tuenti.com/es>.*

*<http://www.chaval.es/chavales/experiencias/educadores>.*

<http://descargalegal.blogs.lexnova.es/2011/12/05/el-consentimiento-presunto-no-es-valido-en-protección-de-datos-excepto-para-ccoo>.

<http://diariodigitaldeLeon.com>.

[http://ec.europa.eu/public\\_opinion/archives/ebs/ebs\\_359\\_enpdf](http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_359_enpdf).

[http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/workinggroup/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/workinggroup/index_en.htm).

<http://www.edutopia.org/digital-generation>.

[www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros](http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros).

<http://www.elmundo.es/2013/07/22/comunicación/1374949032.html>.

<http://es.wikipedia.org>.

<http://www.europea.eu>.

<http://www.Facebook.com/about/basics>. 25 de noviembre de 2015.

<http://Fja/2012/05/23/conclusiones-jornada-reglamento-pdatos-de-la-ue-de-la-apdcm/>.

<http://www.genbeta.com/actualidad/en-california-los-menores-tendrán-derecho-al-olvido-parcial-en-internet>.

<http://hdl.handle.net/10017/6442>.

<http://www.inteco.es>.

<http://www.lavanguardia.com/vida/20141126/54420269314/una-app-uab-ayuda-denunciar-contenidos-multimedia-vulneran-derechos-menores>.

<http://menores.osi.es>.

[www.menoreseninternet.com/descargas/resultados\\_estudio\\_UNIR\\_GDI.pdf](http://www.menoreseninternet.com/descargas/resultados_estudio_UNIR_GDI.pdf).

<http://www.minetur.gob.es/telecomunicaciones/lssi/Paginas/Index.aspx>.

<http://www.navegacionsegura.es>.

<http://noticiasjuridicas.com/actualidad/noticias/10798-el-nuevo-reglamento-europeo-de-proteccion-de-datos-elimina-la-obligacion-de-las-empresas-de-inscribir-sus-ficheros-sobre-datos-personales>.

<http://noticiasjuridicas.com/actualidad/noticias/11047-el-nuevo-reglamento-europeo-de-proteccion-de-datos-un-texto-complejo-que-abre-nuevas-perspectivas-profesionales-a-la-abogacia>.

<http://observatorio.inteco.es>.

## DIRECCIONES DE INTERNET

---

[http://www.osi.es/Protegete/Menores\\_protegidos](http://www.osi.es/Protegete/Menores_protegidos).

<http://www.pantallasamigas.net>.

<http://www.privacidadlogica.es/2012/05/22/jornada-sobre-el-proyecto-de-reglamento-por-la-apdcm/http://protegete.jccm.es/opencms/Ciudadanos/Protección-datos/menores.html>.

<http://www.safecreative.org/work.2013>.

[www.seguridadenlared.org](http://www.seguridadenlared.org).

[http://www.secukid.es/La elaboración y publicación online de TriviRal](http://www.secukid.es/La_elaboración_y_publicación_online_de_TriviRal).

<http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/05/17/actualidad/1400358691-542355.html>.

<http://support.mozilla.org/es/kb/Control%20parental>.

<http://ticyprivacidad.es/2011/02/10/verificacion-de-edad-en-internet>.

<http://www.ticbeat.com/tecnologias/ue-proteger-menores-internet>.

<http://windows.microsoft.com/es-es/windows-vista/Set-up-Parental-Controls>.