

eman ta zabal zazu



Universidad  
del País Vasco

Euskal Herriko  
Unibertsitatea

## **GRADO EN DERECHO**

Facultad de Derecho. Sección Bizkaia

---

# **EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR DE EDAD EN EL ENTORNO DIGITAL**

Curso 2021-2022

---

**Trabajo realizado por Alicia Ponce Huecas**

**Dirigido por Sandra Castellanos Camara**

# ÍNDICE

Página

<b>I. ABREVIATURAS</b> .....	3
<b>II. INTRODUCCIÓN</b> .....	4
<b>III. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN. PERSPECTIVA GENERAL</b> .....	5
1. Contenido, regulación, naturaleza y caracteres del derecho a la propia imagen ...	5
2. El concepto de intromisión ilegítima previsto en la LOPDH .....	9
3. La tutela judicial sobre el derecho a la propia imagen .....	14
<b>IV. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR DE EDAD</b> .....	16
1. La prestación del consentimiento. Capacidad y límites.....	16
<i>1.1 El consentimiento otorgado por el menor de edad. El grado de madurez ...</i>	17
<i>1.2 El consentimiento otorgado por los titulares de la patria potestad y la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal .....</i>	19
<i>1.3 El consentimiento del menor ante el tratamiento de su imagen como dato de carácter personal: la “identidad digital” .....</i>	20
<i>1.4 El interés superior del menor como límite a la prestación del consentimiento .....</i>	23
2. La difusión de la imagen del menor en los medios de comunicación .....	25
3. Los principales riesgos sobre el derecho a la propia imagen del menor en la red... ..	30
4. El papel de los titulares de la patria potestad y el fenómeno del sharenting .....	33
5. El derecho de supresión o derecho de olvido digital .....	37
<i>5.1 Consideraciones generales.....</i>	38
<i>5.2 Alcance territorial del derecho de olvido.....</i>	39
<i>5.3 El derecho a olvido de los menores de edad .....</i>	40
<b>V. LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y REPARACIÓN DEL DAÑO</b> .....	42
1. La responsabilidad civil derivada de los medios de comunicación .....	42

2. La responsabilidad civil de los prestadores de servicio de la sociedad de la información .....	43
3. La responsabilidad civil del menor de edad.....	46
4. La reparación del daño.....	48
<b>VI. CONCLUSIONES</b> .....	49
<b>VII. BIBLIOGRAFÍA</b> .....	52
<b>VIII. JURISPRUDENCIA</b> .....	53

## **I. ABREVIATURAS**

AEPD	=	Agencia Española de Protección de Datos
CC	=	Código Civil
CE	=	Constitución Española
CEDH	=	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CP	=	Código Penal
LEC	=	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrIm	=	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOPD	=	Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales
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 del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil
LORPM	=	Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores
LOTIC	=	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional
LSSICE	=	Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico
RGPD	=	Reglamento General de Protección de Datos
SAP	=	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	=	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	=	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	=	Sentencia del Tribunal Supremo
TEDH	=	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

## **II. INTRODUCCIÓN**

Internet constituye un medio indispensable de información, socialización -a través de Internet los ciudadanos pueden comunicarse, compartir ideas, experiencias, gustos, vivencias- y entretenimiento, que se encuentra en constante desarrollo y que hoy en día se halla plenamente arraigado en nuestra vida cotidiana.

Son evidentes las innumerables ventajas de las cuales nos beneficiamos, gracias a la creciente evolución de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. No obstante, el aumento de la presencia de estas plataformas, como todo, también acarrea sus consecuencias negativas, principalmente por la existencia de medios que proporciona la red para captar, almacenar y distribuir todo tipo de datos de carácter personal que ponen en riesgo la vida privada y dignidad del individuo, sobre todo cuando dicha información que es depositada en la red por un tercero o, incluso por el propio interesado, se emplea contra la voluntad del afectado.

Así, como consecuencia de un uso inadecuado de las nuevas tecnologías, los derechos de la personalidad, y en particular, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, pueden verse especialmente afectados.

De este modo, en la actual era digital, el empleo de Internet supone una gran amenaza en aras de preservar la integridad de estos derechos fundamentales, por lo que, a nivel civil, penal y constitucional, la defensa de los citados derechos constituye uno de los mayores retos. Además, el escenario online se encuentra en constante cambio y evolución, de tal forma que se hace especialmente complejo proteger a los ciudadanos frente a las posibles intromisiones que se puedan producir en sus derechos fundamentales, con herramientas legislativas acordes y eficaces a estos nuevos tiempos.

Por consiguiente, ante la avanzada era digital veremos cómo surge la especial necesidad de salvaguardar de forma autónoma el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, a la vez que se configuran nuevos derechos como el derecho a la protección de datos o el derecho de olvido, que resultarán de vital importancia en aras de proteger la llamada “identidad digital” del individuo.

Por otra parte, como sabemos, el acceso a la red hoy en día se encuentra al alcance de todos, lo que incluye a los más vulnerables, que son, sin duda, los menores de edad. De hecho, esta generación se encuentra sumamente acostumbrada a la presencia de las nuevas

tecnologías, precisamente porque cada vez a edades más tempranas disponen de algún dispositivo electrónico que les permite conectarse a Internet, donde navegan de forma despreocupada, sin medidas de seguridad y sin ser conscientes de los peligros que entraña.

A mayor abundamiento, debemos tener en cuenta que el menor de edad, en el ejercicio de sus derechos y ante el uso de las nuevas tecnologías, posee de una capacidad de obrar limitada, por lo que, en este ámbito, los titulares de la patria potestad o tutela, así como los poderes públicos y, en concreto, el Ministerio Fiscal, deberán tratar de preservar sus derechos e intereses.

Por todo ello, en las siguientes líneas nos centramos en exponer las principales herramientas legislativas y problemáticas que existen a fin de proteger el derecho a la propia imagen del menor de edad en el entorno digital, determinando, en primer lugar, el contenido del derecho a la propia imagen y cuándo se produce una intromisión ilegítima en este derecho, así como la tutela judicial civil que recibe; en segundo lugar, hablaremos sobre la capacidad y límites del menor a la hora de prestar consentimiento en el ejercicio de su derecho a la propia imagen, y en particular, para el tratamiento de sus datos personales, para luego analizar los principales riesgos a los que se enfrenta en la red y los mecanismos de protección que existen en este ámbito; por último, abordaremos la responsabilidad civil de los implicados en una intromisión del derecho a la propia imagen del menor de edad en la red y en su caso, la reparación del daño causado.

Para ello consultaremos la diferente legislación que existe tanto a nivel estatal (el CC, la LOPDH, la LOPD, la LSSICE...) e incluso en el ámbito comunitario (el RGPD), y, por supuesto, repasaremos las múltiples interpretaciones jurisprudenciales que de dichas normas han sostenido los tribunales (TJUE, TC, TS...). Asimismo, tendremos en consideración la numerosa doctrina científica que sobre esta materia se ha desarrollado, así como, algunas instrucciones elaboradas tanto por la Fiscalía como por la AEPD.

### **III. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN. PERSPECTIVA GENERAL**

#### **1. Contenido, regulación, naturaleza y caracteres del derecho a la propia imagen**

El derecho a la propia imagen se integra dentro de los que conocemos como “derechos de la personalidad”. Concretamente, los derechos de la personalidad pueden definirse como aquellos derechos subjetivos, derivados de la naturaleza humana e inherentes a la

dignidad de la persona, encaminados a proteger la esfera personal más próxima del ser humano<sup>1</sup>.

Pacíficamente la doctrina española distingue en el ámbito de los derechos de la personalidad, entre aquellos que forman parte de la esfera corporal, entre los que se encuentran el derecho a la vida, a la integridad física y moral; y, los que conforman la vertiente espiritual de los derechos de la personalidad, estos son, el derecho a la identidad<sup>2</sup>, al honor, a la intimidad y el que a nosotros nos atañe, el derecho a la propia imagen<sup>3</sup>.

Precisamente, el art. 18.1 CE consagra el derecho a la propia imagen y otros que forman parte del ámbito espiritual de los derechos de la personalidad, al establecer que “*se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*”. Dichos derechos fueron posteriormente desarrollados 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.

Sin embargo, ni la Constitución Española, ni la LOPDH ofrecen una definición de lo que podemos entender como derecho a la propia imagen, dejando esta labor en manos de la doctrina y jurisprudencia.

Así, en palabras del Tribunal Constitucional el derecho a la propia imagen reconocido en el art. 18.1 CE “*garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona*”<sup>4</sup>.

Por lo tanto, el derecho a la propia imagen no solo incumbe a la representación de la apariencia física de la persona, si bien constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, sino que también alcanza a cualquier exteriorización

---

<sup>1</sup> DE PABLO CONTRERAS, Pedro et al. *Derecho de la Persona. Curso de Derecho Civil (I). Volumen II*. 6ª ed. Madrid: Edisofer, 2018. p. 270.

<sup>2</sup> La inclusión de este derecho dentro de la esfera de los derechos de la personalidad es controvertida, en la medida en que el derecho subjetivo a ser identificado y a hacer uso de esta identidad, así como a no permitir su empleo sin consentimiento, concurre aquí con el interés del Estado en posibilitar la identificación de las distintas personas con todas las consecuencias jurídicas (tributarias, de vecindad civil, electorales, etc.) por motivos de orden público. En la regulación del derecho a la identidad confluyen, así, dos intereses distintos (el del Estado y el de los propios ciudadanos), a diferencia de lo que ocurre en los restantes derechos de la personalidad: DE PABLO CONTRERAS, Pedro et al. *Derecho de la Persona...* cit., p. 289.

<sup>3</sup> ENCABO VERA, Miguel Ángel. *Derechos de la Personalidad*. Madrid: Marcial Pons, 2012. pp. 31-32.

<sup>4</sup> STC 25 abril 1994 (RTC 1994/117).

que se pueda hacer de los elementos que permitan identificarla, como serían su nombre o su voz, esta última, cuando contenga rasgos propios que la hagan identificable<sup>5</sup>.

En definitiva, debemos encuadrar dentro del derecho a la propia imagen tanto aquellos rasgos que acomodan el aspecto exterior de una persona y que permiten identificarla y reconocerla socialmente, como son la figura, la forma de vestir, la apariencia externa, el corte de pelo, el peinado, la manera de llevar las cejas o la barba... así como el nombre y la voz, a los que, por cierto, hace referencia el art. 7.6 LOPDH<sup>6</sup>.

En este aspecto, conforme ha sostenido el Tribunal Constitucional, “la facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad —informativa, comercial, científica, cultural, etc.— perseguida por quien la capta o difunde”<sup>7</sup>.

De tal modo, que, con base a lo anterior, la doctrina ha venido distinguiendo una doble vertiente, positiva y negativa, del derecho a la propia imagen. El contenido positivo consiste en la facultad inherente a la persona de decidir acerca de la divulgación, captación o reproducción de su imagen, lo que incluye la potestad de comerciar con ella, mientras que el contenido negativo atañe a la posibilidad de impedir por terceros cualquier uso ilegítimo de la misma<sup>8</sup>.

Por ende, el fundamento del derecho a la propia imagen, en su dimensión constitucional, se basa en que los individuos puedan elegir qué aspectos personales desean salvaguardar del dominio público, a fin de garantizar un ámbito privado para el desarrollo de la propia personalidad y de la dignidad humana ajeno a intromisiones externas<sup>9</sup>.

Como hemos dicho, el derecho a la propia imagen participa de la naturaleza de los derechos de la personalidad, y, en consecuencia, de los caracteres que a estos les son propios<sup>10</sup>. Así pues, se suele sostener que los derechos de la personalidad son:

---

<sup>5</sup> ENCABO VERA, Miguel Ángel. *Derechos de la Personalidad*. cit., p. 126.

<sup>6</sup> GIL ANTÓN, Ana María. *El derecho a la propia imagen del menor en Internet*. Universidad Complutense de Madrid: Dykinson, 2013. p. 36.

<sup>7</sup> STC 26 marzo 2001 (RTC 2001\81).

<sup>8</sup> DE PABLO CONTRERAS, Pedro et al. *Derecho de la Persona...* cit., p. 289.

<sup>9</sup> STC 26 marzo 2001 (RTC 2001\81).

<sup>10</sup> BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel. “La protección jurídica de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar ya la propia imagen de los menores de edad”. *Actualidad jurídica iberoamericana*. 2016., p. 23.

- Irrenunciables, inalienables e intransmisibles, como consecuencia de su propia indisponibilidad<sup>11</sup>; de este modo, aunque se permita autorizar su captación o divulgación, será siempre con carácter revocable<sup>12</sup> y limitada a los términos en que se haya prestado el propio consentimiento.
- Inexpropiables e inembargables, en la medida en que los derechos de la personalidad no pueden ser valorados económicamente, lo que no obsta a que en determinados casos el daño moral que cause una intromisión ilegítima en cualquiera de estos derechos pueda ser resarcido por medio de una suma económica.
- Oponibles *erga omnes*, tanto frente a particulares como frente los poderes públicos, si bien no son ilimitados, en la medida en que pueden entrar en confrontación con otros derechos con los que han de ser ponderados<sup>13</sup>, como son el derecho a la libertad de información y a la libertad de expresión consagrados en el art. 20 CE.
- Innatos u originarios, son esenciales e inherentes al ser humano, es decir, se adquieren como consecuencia del hecho de ser persona<sup>14</sup>, lo que comporta que se adquieran desde el momento del nacimiento (art. 29 CC)<sup>15</sup>. Así, diremos que son derechos necesarios para el individuo porque contienen las facultades mínimas e indispensables para el desarrollo de su personalidad<sup>16</sup>.
- Y, personalísimos, en cuanto forman parte de la esfera individual de cada persona, configurándose a favor de cada sujeto concreto y específico con el fin de asegurar ciertos bienes privados, íntimos y propios, distintos de los de las otras personas<sup>17</sup>.

Por otro lado, tradicionalmente, el derecho a la propia imagen se ha incardinado dentro del derecho a la intimidad y al honor, consagrados todos ellos, como hemos mencionado con anterioridad, en el art. 18.1 CE. Sin embargo, pese a la estrecha relación que guarda con estos últimos, se configura como un derecho autónomo.

---

<sup>11</sup> ENCABO VERA, Miguel Ángel. *Derechos de la Personalidad*. cit., pp. 38-39.

<sup>12</sup> STC 25 abril 1994 (RTC 1994/117).

<sup>13</sup> ENCABO VERA, Miguel Ángel. *Derechos de la Personalidad*. cit., p. 36.

<sup>14</sup> BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel. “La protección jurídica...”. cit., p. 23.

<sup>15</sup> ENCABO VERA, Miguel Ángel. *Derechos de la Personalidad*. cit., p. 34.

<sup>16</sup> BONILLA SÁNCHEZ, Juan José, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luís Humberto, MORALES ARROYO, José María. *Personas y derechos de la personalidad*, Madrid: Reus, 2010. p. 34.

<sup>17</sup> BONILLA SÁNCHEZ, Juan José, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luís Humberto, MORALES ARROYO, José María. *Personas y derechos...*, cit., pp. 34-35.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que “no cabe desconocer que mediante la captación y publicación de la imagen de una persona puede vulnerarse tanto su derecho al honor como su derecho a la intimidad. Sin embargo, lo específico del derecho a la propia imagen es la protección frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. El derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás; un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad y, en definitiva, un ámbito necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana”<sup>18</sup>.

Así pues, dada la autonomía de estos derechos, la apreciación de la vulneración de uno de ellos no conlleva necesariamente la vulneración de los demás<sup>19</sup> y mucho menos cabe realizar una consideración genérica de los mismos subsumiendo unos con otros<sup>20</sup>.

## 2. El concepto de intromisión ilegítima previsto en la LOPDH

Como hemos expuesto con anterioridad, 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, se encarga del desarrollo legal del derecho a la propia imagen.

Se dice, al respecto, que la norma realiza una regulación de este derecho, juntamente con los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar, fundamentalmente negativa, en el sentido de que gran parte de su articulado se centra en las intromisiones ilegítimas que se pueden producir en los mismos. Luego, podría decirse que el propósito de esta ley no es otro que establecer los límites en virtud de los cuales puede apreciarse una transgresión de los mismos<sup>21</sup>.

Concretamente, el art. 7 LOPDH es el encargado de recoger una serie de supuestos atentatorios contra la intimidad, el honor y la propia imagen. Así, con relación al derecho a la propia imagen, constituyen intromisiones ilegítimas tanto “*la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos*” (art. 7.5 LOPDH), así como “*la utilización*

---

<sup>18</sup> STC 2 diciembre 1988 (RTC 1988\231).

<sup>19</sup> STS 23 enero 2012 (RJ 2012\3652).

<sup>20</sup> STC 28 enero 2003 (RTC 2003\14).

<sup>21</sup> GIL ANTÓN, Ana María. *El derecho a....* cit., p. 38.

*del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”* (art. 7.6 LOPDH). Conviene, además remarcar que la enumeración que realiza este precepto no es taxativa, sino que se limita a ejemplificar algunos supuestos de intromisiones ilegítimas, por lo que no estamos ante un *numerus clausus*<sup>22</sup>.

Sin embargo, en la medida en que el derecho a la propia imagen no es absoluto, para poder hablar de intromisión ilegítima deberá atenderse igualmente a lo dispuesto en los arts. 2 y 8 LOPDH, ya que delimitan el concepto de lo que, según el citado art. 7, puede considerarse una injerencia en este derecho<sup>23</sup>.

De esta forma, el artículo 2.1 LOPDH dispone que *“la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada 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”*. Tampoco podrá apreciarse la existencia de intromisión ilegítima cuando medie autorización expresa de la ley o el titular del derecho hubiera otorgado su consentimiento (art. 2.2 LOPDH). Ahora bien, conforme al preámbulo de la LOPDH, este consentimiento deberá prestarse necesariamente de forma expresa y podrá ser revocado en cualquier momento, dada la índole particular de estos derechos.

Del mismo modo, el art. 8.1 LOPDH establece que *“no se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante”*. Luego, a título ilustrativo, no se considerará intromisión ilegítima la captación de la imagen para las fotografías que de forma imperativa han de aparecer en los documentos nacionales de identidad o pasaportes, ni tampoco la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos prevista en la Ley Orgánica 4/1997 de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos<sup>24</sup>.

Continúa el artículo 8.2 LOPDH estableciendo que, en particular, no tendrán la consideración de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen:

---

<sup>22</sup> GIL ANTÓN, Ana María. “El menor y la tutela de su entorno virtual a la luz de la reforma del Código Penal LO 1/2015”. *Revista de Derecho UNED*. 2015, (16). p. 298.

<sup>23</sup> BONILLA SÁNCHEZ, Juan José, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luís Humberto, MORALES ARROYO, José María. *Personas y derechos...*, cit., p. 199.

<sup>24</sup> ENCABO VERA, Miguel Ángel. *Derechos de la Personalidad*. cit., p. 129.

a) *“la captación, reproducción o publicación de la imagen 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 este sentido, conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo 24 julio 2012 (RJ 2013/2263) se han de entender como personas con notoriedad pública, no solo aquellas que alcanzan cierta relevancia por razón de su actividad profesional, política, social o económica, sino también aquellas que obtienen protagonismo circunstancial al verse implicados en un importante suceso<sup>25</sup>. Así, la STS 19 diciembre 2019 (RJ 2019\5259) reconoce la relevancia pública de una persona detenida e ingresada en prisión preventiva por abusos sexuales a menores, por la gravedad de los hechos delictivos<sup>26</sup>. De modo que, el Tribunal Supremo considera que, al tratarse de personajes públicos, la protección del honor disminuye, la de la intimidad se diluye, mientras que la de la imagen se excluye en su totalidad (en los casos que prevé la ley, es decir, cuando la persona con proyección pública se halle en un acto público o en lugares abiertos al público)<sup>27</sup>. Por lo que, aun tratándose de una persona con notoriedad pública, la intromisión tendrá la consideración de ilegítima en aquellos casos en que esta haya sido fotografiada en un lugar no público, así como, en un lugar público pero apartado de la vista del resto y con difícil acceso, buscado precisamente por la persona para preservar su intimidad o determinados aspectos de su imagen<sup>28</sup>.

b) *“la utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social”*. En este sentido, el Tribunal Supremo en la sentencia 498/2015, 15 septiembre (RJ 2015\3990) estableció lo siguiente: *“desde el punto de vista de la libertad de expresión la caricatura constituye, desde hace siglos, una de las vías más frecuentes de expresar mediante la burla y la ironía críticas sociales o políticas que, en tanto que elemento de participación y control público, resultan inescindibles de todo sistema democrático y coadyuvan a la formación y existencia de una opinión pública libre”*<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> STS 24 julio 2012 (RJ 2013/2263).

<sup>26</sup> STS 19 diciembre 2019 (RJ 2019\5259).

<sup>27</sup> STS 19 julio 2004 (RJ 2004\4349).

<sup>28</sup> El Tribunal Supremo en sentencia 4 septiembre 2016 (RJ 2016\4713), considera ilegítima la captación y divulgación, sin consentimiento, en la revista "Qué me dices" de una fotografías en las que aparece la actora en una terraza de un recinto privado, leyendo en una tumbona junto a su pareja en la medida en que *“no es posible exigir un aislamiento espacial extraordinariamente gravoso de estas personas para poder disfrutar de la privacidad a la que también tienen derecho ante el acoso de determinados medios de comunicación”*.

<sup>29</sup> STS 15 septiembre 2015 (RJ 2015\3990) y STS 7 marzo 2006 (RJ 2006\1579).

Concretamente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo estima que las caricaturas constituyen dibujos típicos del género humorístico, jocoso o burlón que deben ser admisibles siempre y cuando no sean contrarios al uso social o innecesarios y ajenos a la mera finalidad de entretener o divertir al lector o ilustrar el reportaje u artículo periodístico en que se inserte<sup>30</sup>. De tal forma que se apreciará intromisión ilegítima solo en aquellos casos en que el uso de la caricatura se realice como instrumento de escarnio o humillación<sup>31</sup>.

c) *“la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio”*. En este aspecto, el carácter accesorio de la imagen implica que esta deba estar en una relación de subordinación respecto del contenido que se divulga, sin que en ningún caso constituya el elemento principal de la información<sup>32</sup>.

A modo de ejemplo puede verse la STC 158/2009, 26 junio (RTC 2009\158), en la que se estima el recurso de amparo interpuesto contra la sociedad editora del diario “La Opinión de Murcia”, que publicó el 8 de mayo de 1997 un reportaje sobre las actividades de la Asociación de Padres de Niños con Deficiencias Auditivas (Apanda), encabezado con el titular “Discapacitados” e ilustrado con una fotografía en la que se observa a dos niños en dicho centro, con el pie de foto “Los discapacitados necesitan todo tipo de atención desde sus primeros años de vida”. Concretamente, el Tribunal Constitucional apreció la existencia de una intromisión ilegítima en la medida en que “la imagen no aparece como meramente accesorio (por lo que no es aplicable la excepción del art. 8.2.c LOPDH), ya que ocupa media página y resalta más que el propio artículo de texto escrito”<sup>33</sup>.

Por último, el art. 8.2 LOPDH exceptúa de las salvedades antedichas a quienes, por la naturaleza de las funciones que desempeñan, necesiten del anonimato, entre los cuales se ha venido entendiendo a guardaespaldas y policías<sup>34</sup> por los lógicos inconvenientes que puede acarrearles su plena y permanente identificación pública. Este fue precisamente el criterio que adoptó la Audiencia Provincial de Madrid en sentencia 14 de abril de 1997,

---

<sup>30</sup> STS 5 julio 2011 (RJ 2011\5003).

<sup>31</sup> STS 15 septiembre 2015 (RJ 2015\3990).

<sup>32</sup> CHAPARRO MATAMOROS, Pedro. “El derecho a la propia imagen. Especial referencia a los menores de edad”. *Revista Doctrinal Aranzadi*. 2014. pp. 8-9.

<sup>33</sup> STC 29 junio 2009 (RTC 2009\158).

<sup>34</sup> ENCABO VERA, Miguel Ángel. *Derechos de la Personalidad*. cit., p. 128 y 129.

al estimar que se había producido una intromisión en el derecho a la propia imagen de una Sargento de la policía municipal, a la que se identifica plenamente en la portada del periódico madrileño “Diario 16” mientras realizaba un violento desalojo en el barrio de Bilbao, distrito de Ciudad Lineal, castigando al periódico a indemnizar a la agente por los daños morales causados por omitir las sencillas técnicas de distorsión de su rostro <sup>35</sup>. Sin embargo, tras el oportuno recurso de casación, la STS 14 marzo 2003 (RJ 2003\2586) deja sin efecto dicha resolución al estimar que: “la imagen se refiere a una persona ejercitando un “cargo público”, y se captó en lugar público y con ocasión de un acto público. Tiene aquella condición (a efectos de la Ley) un Policía Municipal, y tanto más un Sargento de dicha Policía, aparte de ser una profesión con “proyección pública”, y resulta incuestionable el carácter público de la actuación y del lugar. Además, la reproducción fotográfica tiene carácter accesorio respecto de la información escrita, la cual es veraz y con evidente trascendencia o interés público. [...] Finalmente es de significar que en la fotografía no hay nada desmerecedor para la actora, la cual se halla ejerciendo su profesión y cumpliendo con su deber. Es más, ni siquiera revela una actitud violenta por parte de la misma, sin que sea de aplicación la norma del último párrafo del art. 8 LO 1/1.982, pues no se trata de uno de los supuestos que exigen o aconsejan el anonimato”<sup>36</sup>. Lo mismo, fue reiterado por el Tribunal Constitucional al resolver el recurso de amparo interpuesto por la parte actora en la STC 16 de abril 2017 (RTC 2007\72) <sup>37</sup>.

Por lo expuesto, para poder apreciar la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, será necesaria: (i) la efectiva captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona o la utilización de la voz, el nombre o la imagen en los términos previstos en los apartados 5 y 6 del art. 7 LOPDH; (ii) la posible identificación de la persona sin la necesidad de recurrir a criterios externos; y (iii) la no concurrencia de causa o supuesto legal que legitime la toma, reproducción o difusión de la imagen.

---

<sup>35</sup> ACEDO PENCO, Ángel. *Derecho al honor y libertad de expresión, asociaciones, familia y herencias cuestiones jurídicas actuales: supuestos concretos y soluciones jurisprudenciales*. Madrid: Dykinson, 2007. pp. 34 y 35.

<sup>36</sup> STS 14 marzo 2003 (RJ 2003\2586).

<sup>37</sup> STC 16 de abril 2017 (RTC 2007\72).

### 3. La tutela judicial sobre el derecho a la propia imagen

El derecho a la propia imagen consagrado en el art. 18.1 CE se constituye como un derecho fundamental, en tanto que aparece regulado en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución Española, bajo la rúbrica “Derechos Fundamentales y libertades públicas” y, como consecuencia, dispone de una especial protección, en la medida en que podrá ser recabada su tutela por cualquier ciudadano ante los tribunales ordinarios por un procedimiento especial basado en los principios de preferencia y sumariedad, además de que es susceptible de amparo ante el Tribunal Constitucional conforme al art. 53.2 CE.

Ello comporta que en el ámbito civil para la tutela del derecho a la propia imagen pueda acudir de forma privilegiada<sup>38</sup>, por un lado, al procedimiento especial y sumario (*vid.* art. 249.1.2º LEC, que dispone que se decidirán en juicio ordinario, entre otras, aquellas demandas que versen sobre la tutela del derecho a la propia imagen, donde será siempre parte el Ministerio Fiscal y su tramitación tendrá carácter preferente), y, por otro lado, al recurso de amparo que se tramitará ante el Tribunal Constitucional en los términos previstos en los arts. 48-58 LOTC. Esto mismo ratifica el art. 9.1 LOPDH al hablar de los cauces procesales por los que podrá recabarse la tutela judicial de este derecho.

Asimismo, el art. 9.2 LOPDH regula las diferentes pretensiones que podrá ejercitar el perjudicado en vía civil. De este modo, el citado artículo establece que la tutela judicial en vía civil de los derechos de la personalidad abarcará todas aquellas medidas que resulten indispensables para acabar con la intromisión ilegítima correspondiente, y concretamente aquellas que sean necesarias para:

- a) Reestablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con el reconocimiento de la intromisión sufrida, el cesamiento inmediato de la misma y el retorno al estado en el que se hallaba el perjudicado antes de sufrir dicha intromisión (art. 9.2.a) LOPDH);
- b) Evitar posibles intromisiones próximas o que puedan producirse en un futuro (art. 9.2.b) LOPDH);
- c) Indemnizar los daños y perjuicios causados (art. 9.2.c) LOPDH);

---

<sup>38</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Los procesos civiles de protección del honor, la intimidad y la propia imagen*. Barcelona. Bosch, 2007. p. 28.

d) Hacer entrega a la persona afectada del beneficio que se haya obtenido como consecuencia de la intromisión ilegítima producida en sus derechos (art. 9.2.d) LOPDH).

A continuación, en el apartado 9.3 se contempla la presunción *iuris et de iure* de perjuicio en los casos en que se acredite que se ha causado una intromisión ilegítima, así como los criterios para cuantificar la indemnización por los daños causados, que se extenderá no solo al daño material sino también al daño moral. Así, conforme al art. 9.3 la indemnización 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.

Al respecto, ha venido diciendo el Tribunal Supremo que se trata de una valoración estimativa, que ha de atender a los parámetros previstos del citado artículo, así como a criterios de prudente arbitrio<sup>39</sup>. Además, aunque la valoración de estos daños en numerosas ocasiones pueda resultar costosa, “dada la presunción *iuris et de iure*, esto es, no susceptible de prueba en contrario, de existencia de perjuicio indemnizable, el hecho de que la valoración del daño moral no pueda obtenerse de una prueba objetiva no excusa ni imposibilita legalmente a los tribunales para fijar su cuantificación, a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso”<sup>40</sup>.

Por lo demás, las acciones de protección frente a intromisiones ilegítimas tendrán un plazo de caducidad de cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas (art. 9.4 LOPDH).

Por último, tal y como menciona el preámbulo de la LOPDH, no podemos olvidar que el derecho a la propia imagen gozará también en determinadas ocasiones de la protección jurídico penal prevista en el Título X del Código Penal, rubricado “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”. Concretamente, el Código Penal castiga la captación o reproducción de la imagen como medio para descubrir los secretos de otro, o vulnerar su intimidad sin su consentimiento con las penas de uno a cuatro años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses (art. 197.1 CP), así como la difusión, revelación o cesión onerosa o gratuita a tercero de las imágenes, tanto por quién las captó, como por el tercero que sabía de su origen ilícito,

---

<sup>39</sup> STS 5 junio 2014 (RJ 2014\3087).

<sup>40</sup> STS 26 abril 2017 (RJ 2017\1737).

con la pena de dos a cinco años de prisión y uno a tres años de prisión con multa de doce a veinticuatro meses respectivamente (art. 197.3 CP)<sup>41</sup>.

En este aspecto, nuestro ordenamiento jurídico otorga cierta preeminencia<sup>42</sup> a la protección penal respecto de la civil<sup>43</sup> como consecuencia de su fuerte efectividad, si bien, la responsabilidad civil derivada del delito se determinará conforme a los criterios que la LOPDH establece.

Así, en los casos en que nos encontremos ante hechos constitutivos de una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen con relevancia penal, conforme al art. 112 LECrim., ejercitada solo la acción penal, se entenderá acumulada la responsabilidad civil derivada del delito –que se calculará conforme a las normas previstas en la LOPDH– a no ser que el perjudicado decida renunciar a ella o reservarla expresamente, para, una vez finalizado el proceso criminal, acudir a la jurisdicción civil.

No obstante, en aquellos casos en que, pese al carácter delictivo de la intromisión, el perjudicado decida ejercitar tan solo la acción civil, se entenderá que renuncia tácitamente a la vía penal, pues, tratándose de un delito privado (art. 212 LECrim.)<sup>44</sup>, las infracciones penales contra la imagen son perseguibles únicamente mediando denuncia de la persona agraviada (art. 201.1 CP.)<sup>45</sup>.

#### **IV. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR DE EDAD**

##### **1. La prestación del consentimiento. Capacidad y límites**

Siendo los derechos de la personalidad inherentes a todo individuo, resulta indiscutible que el derecho a la propia imagen, en su condición de derecho de la personalidad, deba

---

<sup>41</sup> BONILLA SÁNCHEZ, Juan José, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luís Humberto, MORALES ARROYO, José María. *Personas y derechos...*, cit., p. 204.

<sup>42</sup> Así lo constatan los arts. 111 LECrim, en virtud del cual “*las acciones que nacen de un delito o falta podrán ejercitarse junta o separadamente; pero mientras estuviere pendiente la acción penal no se ejercitará la civil con separación hasta que aquélla haya sido resuelta en sentencia firme (...)*” y 114.I del mismo texto legal: “*promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndole si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal*”.

<sup>43</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Los procesos civiles...* cit. p. 44.

<sup>44</sup> Conforme al art. 201 CP, que atañe los delitos contra la intimidad y el derecho a la propia imagen establece que “*para proceder por los delitos previstos en este Capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal*”.

<sup>45</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Los procesos civiles...* cit. pp. 53.

ser atribuido en primer término a cada persona como titular<sup>46</sup>, incluso cuando esta sea menor de edad.

No obstante, cuestión distinta es que, pese a que la titularidad del derecho a la propia imagen corresponda al menor, los titulares de la patria potestad (o, en su defecto, los tutores) deban intervenir para complementar su capacidad -de obrar- a la hora de poder ejercitar este derecho<sup>47</sup>, tanto en su aspecto positivo, para llevar a cabo cualquier publicación, reproducción o captación de la propia imagen, como en el negativo, es decir, a efectos de excluir su uso.

### *1.1 El consentimiento otorgado por el menor de edad. El grado de madurez*

El art. 3.1 LOPDH establece que el consentimiento de los menores de edad para el ejercicio del derecho a la propia imagen deberá otorgarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. Así lo reitera el párrafo 1º del art. 162.1º CC, al disponer que los padres que ostenten la patria potestad de sus hijos menores no emancipados tendrán la representación de los mismos, exceptuándose “*los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo*”.

Sin embargo, aun cuando el menor reúna las condiciones suficientes de madurez para ejercitar por sí mismo los actos relativos al derecho a su propia imagen, el 2º párrafo del art. 162.1º CC, y en tanto que concreción del deber genérico de velar por los hijos que contempla el art. 154.1º CC, establece que “*los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia*”. Ello comporta que la actuación de los titulares de la patria potestad no ha de ser excluida de forma absoluta en tales circunstancias, sino que tendrán el deber de velar por los intereses del menor como meros asistentes, procurando que los mismos actúen con cautela pese a su falta de experiencia<sup>48</sup>.

A modo de ejemplo, cabe traer a colación la STS 10 diciembre (RJ 2015\6401), por la que se desestima el recurso de casación interpuesto en el cual se cuestiona el derecho a la intimidad de una menor cuya madre había accedido a su cuenta de Facebook al sospechar

---

<sup>46</sup> ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel. *El derecho a la propia imagen*. Madrid: Tecnos, 1997. p. 97.

<sup>47</sup> AMMERMAN YEBRA, Julia. “El régimen de prestación del consentimiento para la intromisión en los derechos de la personalidad de los menores. Especial referencia al fenómeno del sharenting”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. 2018. p. 257.

<sup>48</sup> AMMERMAN YEBRA, Julia. “El régimen de prestación...”. cit. pp. 44-45.

que la niña estaba siendo víctima de un delito de ciberacoso; concretamente, el Tribunal estableció que no puede el ordenamiento jurídico hacer descansar en los padres la obligación de velar por sus hijos menores y, al mismo tiempo, desposeerles de toda capacidad de ejercer algún control sobre los mismos en casos como el presente, donde las evidencias apuntaban a ciertos signos de criminalidad, y en este sentido, si la madre hubiera permanecido ajena ante hechos de esa naturaleza, hubiera contravenido los deberes de cuidado que le son asignados por la legislación civil<sup>49</sup>.

Por ende, de acuerdo con los arts. 3.1 LOPDH y 162.1 CC, el menor que ostente la condición de madurez suficiente podrá ejercer libremente su derecho a la propia imagen, sin la necesidad de recabar consentimiento alguno de los titulares de la patria potestad, lo que no obsta a que estos últimos participen de las decisiones del menor velando por sus intereses.

No obstante, ni la LOPDH ni el Código Civil, definen lo que ha de entenderse como “condición suficiente de madurez”, por lo que hemos de acudir a la Instrucción de la Fiscalía General del Estado núm. 2/2006, de 15 de marzo, sobre el fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores en cuyo apartado 3.3 establece lo siguiente: *“el art. 3.1 LO 1/82 se remite a la legislación civil a los efectos de determinar qué deba entenderse por menor con condiciones de madurez suficiente. Pero el Código Civil no contiene un precepto específico que defina con carácter general cuándo debe considerarse maduro a un menor. [...] 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”*.

Así pues, a la hora de determinar el grado de madurez de un menor se habrá de atender a las circunstancias concretas de cada caso, lo que supone una ventaja a la hora de permitir al menor con suficiente juicio autorizar cualquier injerencia en su derecho a la propia imagen con independencia de su edad, y una desventaja por la inseguridad jurídica que conlleva este concepto indeterminado, que se evitaría si se fijase un criterio de edad, así como por el agravio comparativo que se puede dar entre menores de la misma edad<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> STS de 10 diciembre 2015 (RJ 2015\6401).

<sup>50</sup> CHAPARRO MATAMOROS, Pedro. “El derecho a...”. cit. p 13.

Ahora bien, parece lógico entender que serán los propios titulares de la patria potestad los encargados de determinar si el menor posee suficiente juicio para consentir cualquier uso en su derecho a la propia imagen; sin embargo, puede ocurrir que existan terceras partes que por su implicación en el uso que se vaya a realizar del derecho a la propia imagen del menor, tengan igualmente interés en valorar si efectivamente este posee la madurez necesaria<sup>51</sup>.

### *1.2 El consentimiento otorgado por los titulares de la patria potestad y la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal*

En aquellos casos en que el menor no reúna el grado suficiente de madurez, el art. 3.2 LOPDH establece que *“el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez”*.

Así pues, el titular de la patria potestad estará obligado a someter el consentimiento prestado por escrito al asentimiento, autorización o ratificación del Ministerio Fiscal. De tal modo que el consentimiento solo podrá surtir efecto con la intervención de este o, en caso de oponerse el Fiscal en el plazo de ocho días, mediante resolución judicial que lo apruebe<sup>52</sup>.

Sin embargo, tal y como establece la Instrucción de la Fiscalía General del Estado núm. 2/2006, a la que antes nos hemos referido, es bastante infrecuente en la práctica que los representantes legales lleven a cabo la prescripción contenida en el art. 3.2 LOPDH de poner en conocimiento del Fiscal los consentimientos proyectados, si bien, como consecuencia de la inobservancia de este trámite, se considerará necesariamente ilegítima la intromisión que en el derecho a la propia imagen del menor se haga. De este modo lo reitera la STS 19 noviembre (RJ 2008\6055) al establecer que: *“tratándose de menores y siendo titulares de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución en el artículo 18, con plena capacidad jurídica, ha de partirse de la base de que siempre que no medie el consentimiento de los padres o representantes legales de los menores con la*

---

<sup>51</sup> CHAPARRO MATAMOROS, Pedro. “El derecho a...”. cit. p 14.

<sup>52</sup> STS 7 octubre 1996 (RJ 1996\7058).

anuencia del Ministerio Fiscal, la difusión de cualquier imagen de éstos ha de ser reputada contraria al ordenamiento jurídico”<sup>53</sup>.

Por otra parte, por imperativo del art. 154 CC, la decisión de consentir cualquier injerencia en el derecho a la propia imagen del menor de edad deberá tomarse en conjunto por ambos progenitores, independientemente de a quien corresponda la guarda del menor. Así lo proclama abiertamente la SAP Barcelona 25 abril 2017 (AC 2017\858): “[e]l derecho a la propia imagen es un derecho fundamental y la decisión de publicar una fotografía del hijo en una red social pertenece a la esfera de la responsabilidad parental compartida por ambos progenitores, no a la guarda”<sup>54</sup>.

Ahora bien, en aquellos supuestos en que los titulares de la patria potestad no logren llegar a un acuerdo, el art. 156 CC regula la posibilidad de que cualquiera de los dos acuda a la vía judicial, para que el Juez, tras oír a ambos y al menor con suficiente juicio, y en todo caso si este tuviera al menos doce años, atribuya la facultad de decidir al padre o a la madre<sup>55</sup>. Además, si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá el juez atribuir la facultad de decisión, por un máximo de dos años, total o parcialmente, a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones.

### *1.3 El consentimiento del menor ante el tratamiento de su imagen como dato de carácter personal: la “identidad digital”*

Las redes sociales conforman, en la sociedad actual, una de las mayores amenazas para el derecho a la propia imagen del menor de edad debido a la numerosa información personal que se publica en estos servidores con el consentimiento de los propios usuarios. En este sentido, se ha de tener en cuenta que el derecho a la propia imagen, en el ámbito de las redes sociales, estará sujeto a la legislación relativa a la protección de datos de carácter personal.

Concretamente, cuando se habla de “tratamiento de datos” hemos de entender, conforme al art. 4 RGPD<sup>56</sup>, “*cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos*

---

<sup>53</sup> STS 19 noviembre 2008 (RJ 2008\6055).

<sup>54</sup> SAP Barcelona 25 abril 2017 (AC 2017\858).

<sup>55</sup> SAP Pontevedra 4 junio 2015 (JUR 2015\163149).

<sup>56</sup> La inquietud por los organismos supranacionales por el respeto a los derechos de la personalidad ante las posibles vulneraciones que los nuevos medios tecnológicos podían producir tuvo su reflejo en el Convenio nº 108 de 28 de enero de 1981 del Consejo de Europa, que establecía una serie de principios básicos para la protección de datos. Posteriormente, con fecha 24 de octubre de 1995 se aprueba la Directiva 95/46/CE

*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, limitación, supresión o destrucción”*; mientras que con “dato de carácter personal” se quiere hacer referencia a toda información como, por ejemplo, un nombre, un número de identificación, datos de localización, la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social, que identifiquen o permitan identificar a una persona (art. 4 RGPD).

En particular, tal y como establece el Tribunal Constitucional, la imagen de un sujeto identificado o identificable se ha de considerar como dato de carácter personal<sup>57</sup>. Así, el derecho a la propia imagen se encuentra sumamente conectado al derecho a la protección de datos, ya que ambos afectan a la esfera personal del individuo que ha de ser respetada, conformando la denominada “identidad digital”<sup>58</sup>.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que la imagen de una persona adquiere la condición de dato de carácter personal nos encontramos con que el art. 8.1 RGPD establece que para que el consentimiento prestado por un menor en el tratamiento de sus datos personales sea lícito este habrá de tener por lo menos 16 años. En el resto de los casos, tal tratamiento únicamente será válido si el consentimiento fue dado o autorizado por el titular de la patria potestad o tutela.

Sin embargo, continúa diciendo el art. 8.1 en su párrafo 2º que “*los Estados miembros podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esta no sea inferior a 13 años*”. De modo que, en el plano de la Unión Europea, se considerará válido el consentimiento otorgado por el menor que tenga la edad mínima de 16 años para el

---

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, que viene a ampliar y concretar el contenido del Convenio de 1981: REBOLLO DELGADO, Lucrecio y María Mercedes SERRANO PÉREZ. *Introducción a la protección de datos*. Madrid: Dykinson, 2018. pp 42-51.

Ahora bien, en la actualidad en lo que respecta a la protección de datos de carácter personal, la norma de referencia será el RGPD, aplicable a toda la ciudadanía europea y a todas las entidades que operan en la unión.

Por su parte, en el ámbito nacional, esta materia se regula en la LOPD 3/2018 aunque, anteriormente venía contemplada en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, así como en el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento que la desarrolla.

<sup>57</sup> STC 28 enero 2014 (RTC 2003\14)

<sup>58</sup> SAP Lugo 15 febrero 2017 (JUR 2017\82242) y SAP Navarra 26 febrero 2020 (JUR 2020\299802).

tratamiento de sus datos personales y con ello, el tratamiento de su propia imagen, aunque se permite que los Estados Miembros reduzcan la edad hasta el límite de los 13 años.

En este sentido, el art. 7 LOPD establece que “1. *El tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años. [...] 2. El tratamiento de los datos de los menores de catorce años, fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela*”.

Por consiguiente, parece que el legislador español ha optado, dentro de los límites impuestos por el RGPD, por reducir la edad del consentimiento del menor para el tratamiento de sus datos personales de los 16 a los 14 años. Como consecuencia, el consentimiento prestado por el menor para el tratamiento de su imagen como dato de carácter personal solamente será válido cuando este tenga una edad igual o superior a los 14 años, mientras que los menores que tengan una edad inferior deberán recabar autorización de los titulares de la patria potestad.

A mayor abundamiento, el art. 8.2 RGPD obliga al responsable del tratamiento de los datos personales, en los casos en que el menor tenga una edad inferior a los 16 años, o en nuestro país, de 14, a articular todos aquellos procedimientos que resulten razonables a efectos de verificar que el consentimiento fue dado o autorizado por el titular de la patria potestad o tutela.

Ahora bien, este precepto no hace mención expresa acerca del deber de comprobar que el menor reúne la edad suficiente cuando el consentimiento hubiera sido prestado por este para el tratamiento de sus datos personales, por lo que se ha de acudir al art. 13.4 del Real Decreto 1720/2007<sup>59</sup> que establece la obligación del responsable del fichero o tratamiento de articular los procedimientos necesarios, no solo para comprobar la autenticidad de la autorización prestada por los padres, tutores o representantes legales, sino también para

---

<sup>59</sup> Conforme a la disposición derogatoria única de la LOPD queda derogada la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, el Real Decreto-ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos, así como, cuantas disposiciones de igual o inferior rango que contradigan o resulten incompatibles con lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y en la presente ley orgánica. Con lo que se entiende que esta previsión no es aplicable al art. 13.4 del Real Decreto 1720/2007, ya que ni contradice ni es incompatible con la citada normativa: GARCÍA GARCÍA, Ainoa. "La protección digital del menor. El fenómeno del sharenting a examen.". *Revista de Derecho UNED*. 2021, (27). p. 460 y 461.

verificar de modo efectivo la edad del menor cuando el consentimiento lo haya prestado él mismo<sup>60</sup>.

En esta línea, hacemos mención a la STS 15 julio 2010 (2010\6271) en la que la Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo interpone recurso contencioso administrativo contra el Real Decreto 1720/07 solicitando la nulidad, entre otros del art. 13.4 por ser la obligación contenida en este “*de difícil o imposible cumplimiento y desproporcionada*”, al respecto sostuvo el Tribunal Supremo que si bien la comprobación de la edad del menor en ocasiones puede resultar una tarea compleja, ello no debe de servir de excusa para la adopción de las medidas de garantía adecuadas<sup>61</sup>, aunque, lo cierto es que ni se ejemplifica ni se establece ningún procedimiento concreto para ello.

En cualquier caso, el RGPD establece que cuando se traten los datos personales, la información que se proporcione deberá hacerse de forma concisa, transparente, con un lenguaje claro, sencillo, inteligible, etc., particularmente cuando se dirija a un niño o niña, dado que estos merecen una especial protección (art. 12 y considerando 58 RGPD).

#### *1.4 El interés superior del menor como límite a la prestación del consentimiento*

Como hemos expuesto anteriormente, tal y como establece el art. 2.2 LOPDH, el consentimiento expresamente otorgado para la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona elimina la posibilidad de apreciar el carácter ilegítimo de dicha intromisión.

Sin embargo, al tratarse de un menor de edad, el derecho a la propia imagen, entre otros, recibe una particular protección por nuestro ordenamiento jurídico, en la medida en que nos encontramos ante personas en formación y, por tanto, especialmente vulnerables frente a las posibles injerencias que se produzcan en sus derechos y que pueden dañar no solo su derecho a la propia imagen, sino también, en ocasiones, su correcto desarrollo físico, moral y mental<sup>62</sup>.

En este sentido, el artículo 4.3 LOPJM establece que “*se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso*

---

<sup>60</sup> GARCÍA GARCÍA, Ainoa. "La protección digital...". cit. p. 460 y 461.

<sup>61</sup> STS 15 julio 2010 (2010\6271).

<sup>62</sup> BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel. "La protección jurídica...". cit., p. 22.

*si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales*". Por lo que en el ámbito de los medios de comunicación no será suficiente con que se haya prestado el correspondiente consentimiento para excluir el carácter ilegítimo de la intromisión cuando pueda esta implicar un menoscabo de la honra, reputación o de los intereses del menor<sup>63</sup>.

Ahora bien, en el plano de Internet, se hace especial mención al interés superior del menor de cara a valorar las posibles injerencias que se puedan producir en el derecho a la propia imagen de este. Así, el art. 8.1 LSSICE dispone que en caso de que un determinado servicio de la sociedad de la información atente contra la dignidad de la persona, la juventud o la infancia, podrá ser interrumpida la prestación del servicio o eliminados de él los datos que vulneren dichos principios.

Es decir, tal y como establece la Audiencia Provincial de Lugo 15 febrero 2017 (JUR 2017\82242), la LSSICE fija una serie de medidas para preservar el interés superior del menor ante la posible vulneración de los derechos fundamentales del mismo a través de la red<sup>64</sup>.

Asimismo, ha de tenerse en cuenta que el "interés superior del menor" es un concepto jurídico indeterminado -que no arbitrario-, y que deberá valorarse de acuerdo con las circunstancias de cada caso concreto, resolviendo en cada situación en qué consiste concretamente este "interés" teniendo en consideración el contexto social, personal y familiar concurrente<sup>65</sup>. A tales fines, es sabido que el art. 2 LOPJM fija ciertos criterios generales que se habrán de tener en cuenta (los deseos, sentimientos y opiniones del menor, conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia, 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,...) así como los elementos a los que se habrá de atender para ponderar el interés superior del menor (la edad y madurez del menor, necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación, etc.).

---

<sup>63</sup> BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel. "La protección jurídica...". cit., p. 44.

<sup>64</sup> SAP Lugo 15 febrero 2017 (JUR 2017\82242).

<sup>65</sup> BARTOLOMÉ TUTOR, Aránzazu, LÁZARO GONZALEZ, Isabel. *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*. Navarra: Aranzadi, 2015. p. 68-69.

## 2. La difusión de la imagen del menor en los medios de comunicación

Como sabemos, el derecho a la propia imagen no puede decirse que sea absoluto, en la medida en que se encuentra delimitado por otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos con los que se habrá de ponderar. Concretamente, en el ámbito de los medios de comunicación, el derecho a la propia imagen colisiona especialmente con el derecho a comunicar libremente información veraz consagrado en el art. 20.1.d) CE.

Como consecuencia, en determinadas ocasiones, se ha justificado una intromisión en el derecho a la propia imagen pese a la falta de consentimiento de su titular en aras de proteger la libertad de información, precisamente por la concurrencia de un interés público en la captación o difusión de la imagen lo suficientemente relevante a efectos de prevalecer sobre el interés de la persona en evitar dicha captación o difusión<sup>66</sup>.

En este sentido, ha establecido el Tribunal Constitucional en sentencia 2 julio 2001 (RTC 2001\156) lo siguiente:

“...resulta, por tanto, que el derecho a la imagen se encuentra delimitado por la propia voluntad del titular del derecho que es, en principio, a quien corresponde decidir si permite o no la captación o difusión de su imagen por un tercero. No obstante, como ya se ha señalado, existen circunstancias que pueden conllevar que la regla enunciada ceda, lo que ocurrirá en los casos en los que exista un interés público en la captación o difusión de la imagen y este interés público se considere constitucionalmente prevalente al interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen.

Por ello, cuando este derecho fundamental entre en colisión con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, deberán ponderarse los distintos intereses enfrentados y, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, decidir qué interés merece mayor protección, si el interés del titular del derecho a la imagen en que sus rasgos físicos no se capten o difundan sin su consentimiento o el interés público en la captación o difusión de su imagen”<sup>67</sup>.

Ahora bien, en lo que atañe al derecho a la propia imagen del menor de edad en el contexto de los medios de comunicación, recibe un refuerzo de protección, de tal forma que no se legitimará el empleo de la imagen del menor pese a que sea veraz y de interés público cuando se atente contra el interés superior del mismo<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Los procesos civiles...* cit. p. 307.

<sup>67</sup> STC 2 julio 2001 (RTC 2001\156).

<sup>68</sup> SERRANO MAÍLLO, María Isabel. “Cómo proteger el derecho a la propia imagen de los menores en televisión”. *Derecom.* 2010, (2). p. 8.

Así lo ha señalado el propio Tribunal Constitucional en sentencia 29 junio 2009 (RTC 2009\158) al disponer que no existe un interés público en la captación o difusión de la fotografía de un menor que pueda considerarse constitucionalmente prioritario al interés superior de preservar la captación o difusión de la imagen de estos en los medios de comunicación, y, tampoco la veracidad de la información puede justificar esa intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, en tanto que este derecho fundamental del menor ha de regirse conforme al art. 20.4 CE, como límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz<sup>69</sup>.

Asimismo, el apartado 6 de la Instrucción 2/2006 ha tratado de armonizar el derecho a la libertad de información y el derecho a la propia imagen del menor justificando la difusión de aquella información veraz y de interés público, aunque afecte a un menor siempre que no sea contraria a sus intereses.

Igualmente, estará justificada la difusión de información veraz y de interés público pese a que afecte a un menor y pese a que sea contraria a sus intereses siempre y cuando se empleen los medios necesarios para garantizar su anonimato. De esta forma, será admisible ilustrar la noticia con imágenes, siempre que se utilicen medios técnicos que distorsionen los rasgos faciales del menor de modo que se haga imposible su identificación, por ejemplo, mediante píxeles, siempre y cuando esta técnica se use de forma suficiente y eficaz para hacer irreconocibles los rasgos<sup>70</sup> o mediante la aplicación de una banda negra cubriendo los ojos<sup>71</sup>.

A título ilustrativo, traemos a colación la sentencia 17 diciembre 2013 (RJ 2013\8055), en la que se enjuicia la posible vulneración del derecho a la propia imagen de un menor de 17 años, que voluntariamente y sin el consentimiento de sus padres, decidió participar en un reportaje realizado por la Televisión de Galicia, titulado *"Expertos en lesión medulares unifican criterios para paliar a dor"*. Concretamente, en la entrevista, se

---

<sup>69</sup> STC 29 junio 2009 (RTC 2009\158).

<sup>70</sup> La sentencia del Tribunal Supremo 18 febrero 2013 (RJ 2013\2016) estima que se ha llevado a cabo una vulneración del derecho a la propia imagen de los hijos menores de edad de la parte actora, dado que la revista Diez Minutos, en la que aparece el demandante en compañía de sus hijos en unas playas de Kenia, capta y publica dichas imágenes sin consentimiento y realizando una pixelación parcial e ineficaz de los rostros de los menores (con disminución del número de píxeles de la imagen y el aumento de sus tamaño), resultando estos fácilmente reconocibles.

<sup>71</sup> La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 1 junio 1999 (AC 1999\1506), por su parte, considera que no ha lugar a una vulneración de derechos fundamentales en el reportaje enjuiciado, en la medida en que se han empleado bandas negras sobre los ojos de los menores, víctimas de la explotación sexual, y únicamente se ha hecho uso de sus iniciales para referirse a ellos.

visualiza al menor en el gimnasio de la unidad de lesionados medulares del hospital Juan Canalejas, mientras la locutora afirma: «el menor tiene 17 años, está en la unidad de medulares del hospital y la mezcla de alcohol y velocidad lo dejó en una silla de ruedas». El Tribunal Supremo, estimó que el consentimiento otorgado por el menor no era válido, ya que no se había hecho constar de forma expresa y que, por tanto, se había vulnerado el derecho a la propia imagen del joven puesto que, aunque existiera un interés general en el conocimiento de los hechos sobre los que versaba el reportaje elaborado, la difusión de la imagen del menor no era necesaria y debía considerarse, además, perjudicial para los intereses del mismo<sup>72</sup>, ya que las manifestaciones referidas al menor efectuadas por la reportera, vinculando el padecimiento físico de este a las consecuencias del alcohol y la velocidad, donde realmente no queda clara su posición de víctima -en la medida en que el menor no era el conductor del vehículo, sino un pasajero del mismo-, puede dar lugar a especulaciones y fueron, además, innecesarias respecto del objeto del reportaje.

Por otra parte, ya sabemos que el consentimiento prestado por el titular del derecho a la propia imagen elimina el carácter ilegítimo de la intromisión (art. 2.2 LOPDH); sin embargo, como se ha expuesto anteriormente, los menores de edad reciben de una protección especial y cualificada en el ejercicio del mismo, precisamente por tratarse de personas en formación y, por ende, más vulnerables a los ataques de sus derechos<sup>73</sup>, de este modo lo refleja el ya mencionado art. 4.3 LOPJM al establecer que tendrá la consideración de intromisión ilegítima, en el ámbito de los medios de comunicación, aquella que pueda implicar un 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.

Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en sentencia 13 enero (JUR 2022\42118) al establecer lo siguiente: “(i) que la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen se produce en virtud del art. 4.3 LPJM, que considera como tal la utilización de la imagen de un menor 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; (ii) que en tales casos, ni siquiera el interés general de la noticia o la veracidad de la información transmitida excluyen la ilicitud de la intromisión; (iii) y que esta intensificación en los niveles de protección se justifica teniendo en cuenta que la

---

<sup>72</sup> STS 17 diciembre 2013 (RJ 2013\8055).

<sup>73</sup> STS 13 enero 2022 (JUR 2022\42118).

naturaleza del daño se multiplica exponencialmente cuando el ataque a los derechos del menor se realiza a través de los medios de comunicación”<sup>74</sup>.

Concretamente, decimos que el art. 4.3 LOPJM supone un refuerzo de la protección que brinda el art. 7 LOPDH, el cual, como hemos visto, describe una serie de conductas que cataloga como intromisiones ilegítimas. De tal forma que, ante cualquier intromisión prevista en el art. 7 LOPDH, que al haber sido consentida por el menor titular tendría en un principio la consideración de legítima conforme a los arts. 2 y 3.1 LOPDH, cabría apreciar la ilegitimidad de la intromisión, pese a la concurrencia de consentimiento, al darse los presupuestos del art. 4.3 LOPJM<sup>75</sup>.

Además, al apreciarse la existencia de una intromisión ilegítima en la esfera del derecho a la propia imagen del menor en el ámbito de los medios de comunicación, la LOPJM prevé la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal. En particular, el art. 4.2 LOPJM establece que cuando la divulgación o el uso de la imagen o del nombre de un menor en los medios de comunicación pueda implicar una injerencia ilegítima en su derecho al honor, a la intimidad, o en su reputación, o pueda resultar contraria a sus intereses, el Ministerio Fiscal tendrá la facultad de instar de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en el art. 9 LOPDH y solicitar las indemnizaciones que correspondan por los daños y perjuicios causados.

En este sentido, cuando el art. 4.2 LOPDH hace alusión a la “*utilización de las imágenes o nombre de los menores*” se quiere hacer referencia a toda imagen que permita la identificación del menor. De este modo, la identificación se constituye como el presupuesto necesario de una intromisión ilegítima, de manera que no se considerará lesionado el derecho a la imagen de un menor cuando este aparezca, por ejemplo, con la cara pixelada<sup>76</sup>.

En ese contexto, es necesario aclarar que el art. 4.2 LOPJM será aplicable no solo en aquellas ocasiones en las que la intromisión no se haya consentido, sino también cuando

---

<sup>74</sup> STS 13 enero 2022 (JUR 2022\42118).

<sup>75</sup> SÁNCHEZ - LAFUENTE, Fuensanta Rabadán. "La protección de los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor con suficiente madurez entre el respecto de sus decisiones y la intervención del Ministerio Fiscal" *Revista de ciencias jurídicas y sociales*. 2015. pp. 194-202.

<sup>76</sup> SÁNCHEZ - LAFUENTE, Fuensanta Rabadán. "La protección de...". cit. pp. 202-208.

el consentimiento se encuentre viciado por concurrir cualquiera de las circunstancias a las que el art. 4.3 LOPJM hace mención<sup>77</sup>.

Asimismo, dispone el art. 4.4 LOPJM que *“sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública”*, otorgando el ejercicio de las acciones de defensa del derecho a la propia imagen del menor, entre otros, tanto al Ministerio Fiscal como a los representantes legales, idea que refuerza el art. 4.5 LOPJM cuando establece que *“los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros”*.

Podemos pensar cómo el art. 4 LOPJM, en la forma en la que se encuentra redactado, muestra cierta preferencia por la intervención del Ministerio Fiscal sobre la actuación de los titulares de la patria potestad<sup>78</sup>. Al respecto, se establece en el apartado 4 de la Instrucción 2/2006, que, efectivamente, el art. 4 LOPJM prevé expresamente la obligación del Ministerio Fiscal de actuar de forma directa y autónoma, de oficio o a instancia de parte en aquellos supuestos en que se produzca una intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad del menor a través de un medio de comunicación. Y, en este aspecto, se dice que la intervención en dicho ámbito funcional del Ministerio Fiscal no tendrá carácter subsidiario, sino que en todo caso será su deber actuar en los supuestos en que así proceda, *“aun cuando el menor esté representado por progenitores que ejerzan adecuadamente la patria potestad”*.

Así pues, reside sin lugar a duda en la LOPJM un interés en que la protección de los derechos de los menores abarque o se extienda más allá del deber de protección de los titulares de la patria potestad, conformándose como una prestación de carácter público, en tanto que se configura como una obligación para un órgano estatal.

Con lo cual, con la intervención del Ministerio Fiscal no se pretende desplazar a los responsables parentales sino reforzar la protección del menor, particularmente cuando la intromisión en el derecho a la propia imagen haya sido provocada por sus propios padres

---

<sup>77</sup> SÁNCHEZ - LAFUENTE, Fuensanta Rabadán. “La protección de...”. cit. pp. 202-208.

<sup>78</sup> SÁNCHEZ - LAFUENTE, Fuensanta Rabadán. “La protección de...”. cit. pp. 202-208.

o tutores o cuando los representantes legales no reaccionen adecuadamente, incluso en aquellos casos en los que el menor maduro haya consentido su participación<sup>79</sup>.

Además, cuando la intromisión haya sido autorizada por el propio menor de edad con suficiente madurez, la intervención del Ministerio Fiscal deberá ser especialmente cauta en aras de comprobar que se ha producido un perjuicio efectivo para el interés superior del menor en la medida en que, según resulta de la propia Exposición de Motivos de la LOPJM, la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover la autonomía de los menores de edad como sujetos.

### 3. Los principales riesgos sobre el derecho a la propia imagen del menor en la red

En los últimos años hemos asistido a un gran avance de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, lo que ha provocado que la presencia de Internet y de las redes sociales se haya incrementado exponencialmente en nuestras vidas como vehículos formativos, de socialización, de consulta, de distribución de la información, así como de ocio y entretenimiento<sup>80</sup>.

Concretamente, en lo que atañe a la población más joven, se ha señalado que todas aquellas personas nacidas después de 1995 son conocidas como “nativos digitales”, ya que ni perciben, ni han percibido, un mundo sin Internet y sin telefonía móvil<sup>81</sup>.

De este modo, desde que tienen uso de razón, esta generación de jóvenes se ha encontrado altamente acostumbrada a la presencia de las nuevas tecnologías<sup>82</sup>, sobre todo a la de las redes sociales, donde tienden a generar perfiles con sus datos de carácter personal, como, por ejemplo, álbumes fotográficos, y compartirlos con el resto de los usuarios, a diferencia de los adultos, también llamados “inmigrantes digitales”, que preservan con mayor cautela su información<sup>83</sup>.

Sin embargo, la falta de experiencia vital de estos jóvenes implica que sean especialmente vulnerables ante las nuevas tecnologías, a sufrir intromisiones en sus derechos de la

---

<sup>79</sup> SÁNCHEZ - LAFUENTE, Fuensanta Rabadán. “La protección de...”. cit. pp. 202-208.

<sup>80</sup> BARTOLOMÉ TUTOR, Aránzazu, LÁZARO GONZALEZ, Isabel. *Los derechos de la personalidad*.... cit. pp. 265-266.

<sup>81</sup> TRONCOSO REIGADA, ANTONIO. *La protección de datos personales en busca del equilibrio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 1687.

<sup>82</sup> TRONCOSO REIGADA, ANTONIO. *La protección de datos*...cit. p. 1687.

<sup>83</sup> BARTOLOMÉ TUTOR, Aránzazu, LÁZARO GONZALEZ, Isabel. *Los derechos de la personalidad*.... cit. pp. 270-271.

personalidad, precisamente por la falta de conciencia sobre las consecuencias perjudiciales que sus actuaciones en la red pueden acarrear. Al mismo tiempo, Internet, se constituye como uno de los instrumentos más nocivos en los ataques de estos derechos por su gran difusión e impacto, dado que los datos quedan expuestos públicamente siendo accesibles a cualquier usuario, así como porque la información es indexada de manera automática y posteriormente es complejo eliminarla por completo de la red<sup>84</sup>, tema que se abordará más adelante en el apartado que trata sobre el derecho de supresión o derecho de olvido digital.

En lo que respecta al derecho a la propia imagen, ya sea por medio de un ordenador o del teléfono móvil, los menores facilitan todo tipo de datos relativos a su imagen personal, ya sea subiendo una fotografía o un video a la red o, comunicándose a través de la webcam. Es precisamente por medio de la imagen que puede obtenerse una ingente cantidad de información del menor y de su entorno, por ejemplo, sobre el poder adquisitivo de su familia (por la habitación en la que se encuentra y lo que lo rodea); sobre su estado de ánimo (por la expresión con la que aparece); incluso puede averiguarse el centro educativo al que acude (por el uniforme que lleva)<sup>85</sup>.

Por lo que el principal problema que se plantea en aras de proteger al menor ante el uso de las redes sociales radica en el hecho de que en la mayor parte de las ocasiones son ellos mismos los que de forma voluntaria, aunque probablemente no del todo consciente, comparten información personal en Internet. En este aspecto, hemos de tener en cuenta que para poder acceder a un servicio de la red, el ya citado art. 7 LOPD establece que para el tratamiento de los datos personales será necesario tener al menos 14 años a fin de poder prestar consentimiento, por lo que, en el resto de los casos, se deberá recabar la autorización de los titulares de la patria potestad o tutela, circunstancia que el responsable del tratamiento de los datos personales deberá verificar haciendo uso de todos aquellos procedimientos que resulten razonables (art. 8.2 RGPD y art. 13.4 del Real Decreto 1720/2007).

Sin embargo, según establece el apartado 5 de la Declaración de la AEPD sobre buscadores de Internet de 1 de diciembre de 2007, para poder tratar con datos personales

---

<sup>84</sup> BARTOLOMÉ TUTOR, Aránzazu, LÁZARO GONZALEZ, Isabel. *Los derechos de la personalidad...* cit. pp. 271.

<sup>85</sup> JORDÁ CAPITÁN, EVA. *Los derechos de la personalidad de los menores y las nuevas tecnologías*. Madrid: El Derecho Editores, 2012. p. 99.

no basta con obtener el mero consentimiento del usuario, sino que se requerirá adicionalmente que las personas hayan sido informadas de qué datos se van a utilizar, por quién, con qué finalidad y a quiénes se pueden ceder dichos datos.

Además, esta información deberá proporcionarse de manera fácilmente accesible, transparente, con un lenguaje claro y sencillo, principalmente cuando se dirija a un menor de edad, dado que estos merecen una especial protección (art. 12 y considerando 58 RGPD).

Ahora bien, estas garantías se ven en la actualidad obstaculizadas por la particular forma de prestación del consentimiento por parte del usuario, que en Internet se hace vía enlaces como “aviso legal” o “política de privacidad”, a través de un sencillo “clic”, lo que comporta que en numerosas ocasiones el usuario ni tan siquiera se haya leído realmente dicha normativa a su disposición, ni sea consciente de las consecuencias que acarrea la prestación de su consentimiento<sup>86</sup>.

Por otra parte, sobre todo en el contexto de las redes sociales, es práctica común entre los menores de edad la difusión no consentida de fotografías en aquellos casos en que los usuarios incluyen en sus perfiles imágenes de amigos o conocidos, sin contar con el previo consentimiento de estos, lo que adquiere especial relevancia cuando dichos videos o fotografías se hayan subido a la red con ánimo de ridiculizar a un compañero, donde las consecuencias podrán repercutir civilmente –en el derecho a la propia imagen, al honor, a la intimidad personal o familiar o en el derecho a la protección de datos– así como en el ámbito penal<sup>87</sup>.

En este aspecto, algunas Audiencias Provinciales han sostenido que crear un perfil falso en cualquier red social, simulando ser la víctima y utilizando su imagen sin su consentimiento, con intención de difamar, humillar, acosar, etc. (no por ejemplo para parodiar), podrá ser constitutivo, entre otros, de un delito de usurpación o suplantación de identidad, de un delito contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, de un delito de injurias y/o calumnias, incluso, de un delito de acoso propiamente dicho, en el caso del ciberbullying<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> GIL ANTÓN, Ana María. *El derecho a....* cit. p. 92.

<sup>87</sup> GIL ANTÓN, Ana María. *El derecho a....* cit. pp. 104-105.

<sup>88</sup> SAP Madrid 29 mayo 2017 (JUR 2017\206077); SAP Barcelona 10 febrero 2021 (JUR 2021\227198).

En cualquier caso, ya sabemos que, conforme al art. 4.2 LOPJM, cuando se produzca una intromisión en el derecho a la propia imagen del menor de edad, el Ministerio Fiscal tendrá legitimación directa y autónoma para instar de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley, así como, para solicitar las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados. Todo ello, sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor (art. 4.4 LOPJM).

A mayor abundamiento, no podemos olvidar el art. 8.1 LSSICE que, tratando de preservar la privacidad y el interés superior del menor ante las posibles injerencias en sus derechos fundamentales a través de la red<sup>89</sup>, indica que en caso de que un determinado servicio de la sociedad de la información atente o pueda atentar contra la juventud y la infancia, 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.

De tal modo que, según dispone el apartado 13 de la Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores, el Ministerio Fiscal podrá dirigirse a estos efectos no solo al autor y titular de la página web en la que se inserten los contenidos atentatorios contra los derechos del menor, sino que también podrá exigir a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, colaboración para impedir que determinados servicios o contenidos ilícitos se sigan divulgando (art. 11 LSSICE).

#### 4. El papel de los titulares de la patria potestad y el fenómeno del *sharenting*

El *sharenting* es el término de origen inglés constituido por las palabras *share* (compartir) y *parenting* (paternidad)<sup>90</sup>, que sirve para hacer referencia a aquella práctica en la que los progenitores comparten por medio de las redes sociales todo tipo de información personal relativa a sus hijos e hijas menores de edad, especialmente imágenes, sin contar con su consentimiento (en ocasiones, porque dada su limitada edad no pueden siquiera prestarlo).

---

<sup>89</sup> GIL ANTÓN, Ana María. *El derecho a....* cit. p. 72.

<sup>90</sup> GARCÍA GARCÍA, Ainoa. "La protección digital..." cit. p. 457.

Como consecuencia, comienza a crearse de forma prematura, incluso en ocasiones antes del nacimiento, la denominada “identidad digital”, formada por los datos, videos, fotografías, ecografías o audios de los menores, volcados por sus progenitores en la red<sup>91</sup>.

Aunque entendemos que la mayor parte de los progenitores tratan de preservar los intereses del menor a la hora de exponer a sus hijos en las redes sociales, en determinadas ocasiones, esta sobreexposición puede ser constitutiva de una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del menor, que no puede quedar amparada por el mero hecho de que sus representantes legales sean los que la lleven a cabo<sup>92</sup>.

Sin embargo, para que una intromisión en este ámbito pueda considerarse ilegítima hemos de retrotraernos a lo dispuesto en el art. 2.1 LOPDH, que delimita la protección del derecho a la propia imagen, entre otros, a “*los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia*”.

De tal modo, que los usos sociales modelan el concepto de privacidad que se tiene sobre la propia imagen, lo que es especialmente determinante en la práctica del *sharenting*, a los efectos de que cierta conducta pueda reputarse o no constitutiva de una vulneración de este derecho<sup>93</sup>.

A título ilustrativo, de cómo los usos sociales pueden resultar determinantes a la hora de considerar una intromisión en el derecho a la propia imagen como ilegítima, hacemos mención a la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo 15 febrero 2017 (JUR 2017\82242), en la cual la madre y demandante consideraba que habían sido vulnerados el derecho a la propia imagen y a la intimidad de sus hijos, Urbano y Delia, al publicar la abuela materna, que ostentaba la guarda de hecho de los niños<sup>94</sup>, una imagen de ambos menores en su cuenta de Facebook, sin el consentimiento expreso de la madre, ahora demandante. Dicha imagen iba, además, acompañada de los siguientes comentarios: "Mi hija sigue haciendo de las suyas, mi nieto sigue conmigo, muy intranquilo cuando ve a su mamá" y "Mi nieto está nervioso porque empezó a ir otra vez a ver a su madre". En la sentencia, la Audiencia Provincial de Lugo, aunque reconoce las dudas que por su

---

<sup>91</sup> GARCÍA GARCÍA, Ainoa. *La protección del menor en el derecho europeo y español. El sharenting y su problemática*. Valencia: Universidad Politécnica de Valencia, 2021. pp. 24-25.

<sup>92</sup> AMMERMAN YEBRA, Julia. “El régimen de prestación...”. cit. pp. 254-255.

<sup>93</sup> GARCÍA GARCÍA, Ainoa. *La protección del menor...* cit. p. 32.

<sup>94</sup> Cabe precisar que, según refiere la sentencia, los progenitores no habían sido privados de la patria potestad, sin embargo, de forma ciertamente insólita, la guarda de los niños había sido, al parecer, atribuida a la abuela materna en virtud de dos sentencias dictadas en marzo y diciembre de 2013, en las que se constataban además las malas relaciones entre la madre y la abuela.

novedad acarrea la cuestión litigiosa por la falta de regulación y la concurrencia del interés superior del menor en preservar sus derechos fundamentales, desestimó que se hubiera producido una intromisión en los derechos a la propia imagen y a la intimidad del menor de edad, por adecuarse la actuación de la abuela a los usos sociales, en la medida en que no se probó que el acceso a la cuenta de Facebook de la demandada fuese público, y porque tan solo se hizo constar la posibilidad de acceso de un círculo íntimo de familiares y amigos a las fotografías y comentarios realizados por la abuela de los menores. Sin embargo, sostiene este tribunal, que la conclusión podría haber sido otra si se tuviera constancia de que tales datos estaban al alcance de cualquier usuario<sup>95</sup>.

Por otro lado, buena parte de la doctrina considera que, en el ámbito del *sharenting*, los progenitores serán civilmente responsables del daño ocasionado a sus hijos menores *ex art. 1902 CC*<sup>96</sup>, aunque se produzca de forma inintencionada, en el caso de que pueda apreciarse la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del menor<sup>97</sup>.

En este sentido, es frecuente en la práctica que un progenitor en representación de su hijo exija responsabilidades al otro por los daños ocasionados en el derecho a la propia imagen del menor como consecuencia de haber practicado el *sharenting* sin consentimiento<sup>98</sup>.

No obstante, la legitimación para reclamar esta responsabilidad corresponde también, en todo caso, al Ministerio Fiscal, que conforme al art. 4.4 LOPJM, podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública. Por lo que cualquier usuario que aprecie una intromisión en el derecho a la propia imagen del menor en este ámbito podrá denunciarlo ante el Ministerio Fiscal, a efectos de que este tome las acciones oportunas. En este aspecto, la intervención del Ministerio Fiscal, si procede, tendrá lugar incluso contra la voluntad de los titulares de la patria potestad o tutela, ya que, según el apartado 4 de la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2006, está facultado para proteger de forma directa y autónoma al menor de las intromisiones ilegítimas que se puedan producir en su derecho a la propia imagen.

---

<sup>95</sup> SAP Lugo 15 febrero 2017 (JUR 2017\82242).

<sup>96</sup> Conforme al art. 1902 CC, el que por acción u omisión cause daño a otro tendrá el deber de repararlo; precepto que resulta aplicable frente a terceros y, también, en el ámbito de las relaciones familiares, por lo que en este contexto no existe exención, el legislador articula la responsabilidad civil del individuo frente a todos, incluidos parientes: ROCA TRÍAS, Encarna. *Familia y cambio social*. Madrid: Civitas, 1999. pp. 539-540.

<sup>97</sup> AMMERMAN YEBRA, Julia. “El régimen de prestación...”. cit. pp. 260-261.

<sup>98</sup> AMMERMAN YEBRA, Julia. “El régimen de prestación...”. cit. pp. 260-261.

Además, en el Derecho comparado se habla incluso de conceder legitimación en este ámbito a los menores una vez alcanzada la mayoría de edad; así lo sostiene la SAP Lugo 15 febrero 2017 (JUR 2017\82242) que dispone lo siguiente: “incluso se ha abierto un debate en países de nuestro entorno, como Francia, en el que se habla de conceder legitimación a los menores para que, una vez alcanzada tal edad, puedan ejercitar las acciones por vulneración de sus derechos a la intimidad y a la propia imagen contra sus progenitores o familiares que hayan publicado fotografías o comentarios en las redes sociales durante su minoría de edad. Los medios de comunicación ya se han hecho eco de la advertencia por expertos en protección de la privacidad de que la exposición en redes sociales de los hijos puede ser una fuente de conflicto cuando esos menores crezcan”<sup>99</sup>. De modo que, en un ámbito donde, como consecuencia del incremento exponencial de las redes sociales e Internet, la práctica del *sharenting* es cada vez más habitual, esta medida abriría la puerta al menor para que, una vez alcanzada la mayoría de edad, pueda exigir que se de rindan cuentas de la gestión que han llevado a cabo sus progenitores<sup>100</sup> sobre su derecho a la propia imagen, favoreciéndose, así, a preservar la identidad digital del menor.

Por último, conforme al art. 9 LOPDH, entendemos que, en estos casos, cabría solicitar: i) el cese inmediato de la intromisión sufrida (art. 9.2.a), que en el ámbito del *sharenting* consistirá en retirar de la red las fotografías, comentarios o videos en cuestión; ii) si es conveniente, las medidas que resulten necesarias para prevenir futuras intromisiones (art. 9.2.b); y, por supuesto, iii) la acción de indemnización por los daños causados (art. 9.2.c), cuyo perjuicio resarcible será normalmente, de índole moral<sup>101</sup>. No obstante, en aquellos casos en que el *sharenting* fuera ejercitado con un fin lucrativo, se podrá igualmente solicitar la apropiación por el perjudicado (el hijo o hija) de los lucros obtenidos con la intromisión ilegítima de sus derechos (art. 9.2.d)<sup>102</sup>.

En los casos más graves, se podrá incluso suspender o llegar a privar a los progenitores del ejercicio de la patria potestad total o parcialmente por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma (art. 170 CC.). Esto llegó a ocurrir en 2017, con el llamado caso “DaddyOFive” en el que unos progenitores estadounidenses

---

<sup>99</sup> SAP Lugo 15 febrero 2017 (JUR 2017\82242).

<sup>100</sup> Podría procederse, en estos casos, de forma similar a la prevista en el art. 168 CC. en el cual se contempla la posibilidad de que los hijos, una vez finalizada la patria potestad, exijan a los padres la rendición de cuentas por la administración que hayan realizado de su patrimonio.

<sup>101</sup> AMMERMAN YEBRA, Julia. “El régimen de prestación...”. cit. pp. 262-263.

<sup>102</sup> GARCÍA GARCÍA, Ainoa. “La protección digital...”. cit. p. 477.

fueron privados por un Juzgado de Maryland de la patria potestad de dos de sus hijos por las bromas pesadas que les hacían a los mismos en YouTube donde en numerosas ocasiones terminaban llorando tras ser sometidos a gritos y violencia física<sup>103</sup>.

También ha servido la práctica del *sharenting* como incentivo para declarar a un menor en situación de desamparo en los términos del art. 172 CC. A modo de ejemplo, hacemos mención de la SAP Lugo 11 mayo 2021 (JUR 2021\235398), en la que el tribunal resuelve declarar en situación legal del desamparo al menor Octavio, pues este ha sido expuesto por su familia, que se encuentra, por cierto, en riesgo de exclusión social, a una situación de conflictividad constante, por la tensión que existe entre sus dos progenitores, con presencia de denuncias en materia de violencia de género y de violencia doméstica, por la mala relación que tienen madre-hija donde la niña toma en ocasiones un rol de adulto no acorde con su edad, así como por el problema de inestabilidad emocional que sufre la madre, que ha llegado incluso a autoagredirse en presencia de Octavio, a lo que se ha de añadir la adicción a Internet que también padece la madre con sobreexposición de sus hijos en la red, que según explica el tribunal “es un dato más en el contexto familiar que evidencia una desprotección en esa faceta de los menores afectados”<sup>104</sup>.

##### 5. El derecho de supresión o derecho de olvido digital

Como hemos expuesto anteriormente, los rasgos que integran el derecho a la propia imagen de un individuo tienen la consideración de datos de carácter personal, de tal forma que el derecho a la propia imagen se encuentra íntimamente ligado al derecho a la protección de datos, en la medida en que ambos afectan a la vida privada<sup>105</sup> del individuo que ha de ser respetada conformando la denominada “identidad digital”<sup>106</sup>.

En consecuencia, es necesario proteger esta esfera de la vida privada del individuo, especialmente ante la amenaza que supone el creciente desarrollo de las nuevas tecnologías, que permiten el almacenamiento, reproducción y difusión a gran escala de estos datos personales<sup>107</sup>.

---

<sup>103</sup> AMMERMAN YEBRA, Julia. “El régimen de prestación...”. cit. pp. 262-263.

<sup>104</sup> SAP Lugo 11 mayo 2021 (JUR 2021\235398).

<sup>105</sup> El art. 8.1 CEDH, que consagra el derecho al respeto de la vida privada y familiar de todo individuo, posee un gran ámbito de protección en el que se integran, según ha reconocido el TEDH en numerosos pronunciamientos, entre otros, los datos de carácter personal, incluidos los rasgos que conforman la imagen de una persona: CAZURRO BARAHONA, Víctor. *Antecedentes y fundamentos del derecho a la protección de datos*. Barcelona: Bosch, 2020. p. 74.

<sup>106</sup> SAP Lugo 15 febrero 2017 (JUR 2017\82242) y SAP Navarra 26 febrero 2020 (JUR 2020\299802).

<sup>107</sup> CAZURRO BARAHONA, Víctor. *Antecedentes y fundamentos...* cit. p. 74.

Así las cosas, el derecho de olvido nace en el ámbito del derecho a la protección de datos de carácter personal con el objetivo de preservar la dignidad de la persona, su reputación y el respeto de su vida privada<sup>108</sup>, ante el tratamiento que se realiza de sus datos.

### *5.1 Consideraciones generales*

El derecho de supresión, también conocido como derecho de olvido, puede definirse como la potestad que ampara al titular de un determinado dato, como, por ejemplo, una imagen, para exigir al responsable del tratamiento la retirada de este dato de la red, cuando concurren unas determinadas circunstancias<sup>109</sup>.

Aunque ya se hacía referencia al derecho de olvido en los arts. 12.b) y 14.a) 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, este derecho se hizo realmente patente con la popular sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 13 mayo 2014 (TJCE 2014\85) sobre Google España<sup>110</sup>.

Ahora bien, la primera regulación del derecho de olvido aparece en el RGPD que, en su art. 17.1, establece que el responsable del tratamiento de datos de carácter personal, cuando así lo solicite el interesado, tendrá la obligación de eliminar sin demoras los datos personales de este, siempre y cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: que los datos personales ya no resulten necesarios para el fin para el que fueron recogidos (art. 17.1.a); que el titular retire el consentimiento prestado (art. 17.1.b); que el interesado se oponga al tratamiento de los datos personales que le conciernen y no existan derechos, intereses o libertades que prevalezcan sobre este (art. 17.1.c); que los datos personales hayan sido tratados de forma ilícita (art. 17.1.d); que deban ser suprimidos por imperativo legal conforme al Derecho de la UE o de los Estados Miembros y que afecte al responsable del tratamiento de datos (art. 17.1.e); y, por último, que el consentimiento para tratar los datos personales lo hubiese prestado un menor con edad suficiente, o el titular de la patria potestad o tutela en representación de este (art. 17.1.f).

---

<sup>108</sup> BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel. *Derecho de supresión de datos o derecho al olvido*. Madrid: Reus, 2017. pp. 212-213.

<sup>109</sup> BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel. *Derecho de supresión...cit.* pp. 201-202.

<sup>110</sup> GARCÍA GARCÍA, Ainoa. *La protección del menor...cit.* p. 38-39.

De modo que, cuando concurra alguna de las citadas circunstancias, el interesado podrá ejercer su derecho de supresión por medio de solicitud que habrá de dirigir al responsable del tratamiento de datos<sup>111</sup>, el cual, de conformidad con el art. 4 RGPD, ha de entenderse que es “*la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento*”. Este deberá, teniendo en cuenta la tecnología disponible y el coste de su aplicación, adoptar las medidas que resulten convenientes, incluidas medidas técnicas, para suprimir dichos datos, así como informar a los responsables que estén tratando con ellos de la solicitud de supresión realizada por el interesado (art. 17.2 RGPD).

Ahora bien, lo señalado en los párrafos anteriores se exceptúa en aquellos casos en que el tratamiento sea necesario para ejercer el derecho a la libertad de expresión o información (art. 17.3.a); para el cumplimiento de una obligación legal (art. 17.3.b); por razones de interés público (art. 17.3.c y d); o para formular, ejercer o defender reclamaciones (art. 17.3.e).

### 5.2 Alcance territorial del derecho de olvido

El derecho de supresión o derecho de olvido se encuentra limitado al ámbito territorial de la Unión Europea, en la medida en que únicamente se halla reconocido a nivel comunitario. De tal forma que, una posible solicitud del titular de un determinado dato, dirigida al prestador de servicio que se encuentre en un tercer estado, para exigir la retirada de este dato de la red, resultaría difícilmente fructuosa<sup>112</sup>.

En este sentido, se ha de hacer mención, a título ilustrativo, a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 24 septiembre 2019 (TJCE 2019\203), en la que se responde a una cuestión prejudicial sobre el ámbito territorial del derecho a olvido<sup>113</sup>.

Esta cuestión surge como consecuencia de la resolución de 21 de mayo de 2015, en la que la presidenta de la *Commission nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL), esto es, la autoridad francesa de protección de datos, requirió a Google para que suprimiera, de la lista de resultados obtenida tras la búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona física, los enlaces que dirigían a una serie de páginas web en todas las extensiones de dominio de su motor de búsqueda, es decir, en todo el mundo.

---

<sup>111</sup> BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel. Derecho de supresión...cit. p. 265.

<sup>112</sup> GARCÍA GARCÍA, Ainoa. "La protección digital...cit. p. 471.

<sup>113</sup> STJUE 24 septiembre 2019 (TJCE 2019\203).

Sin embargo, Google se negó a atender al requerimiento en los términos expuestos, limitándose a suprimir los citados enlaces únicamente de los resultados obtenidos como respuesta a las búsquedas efectuadas del nombre de esta persona física correspondientes a las extensiones de dominio de su buscador en los Estados miembros.

El TJUE resolvió que el derecho de olvido queda limitado al territorio de la Unión Europea en la medida en que ni del tenor de los arts. 12.b) y 14.a) de la Directiva 95/46, ni del art. 17 RGPD se desprende que el legislador de la Unión haya optado por atribuir a este derecho un alcance que vaya más allá del territorio de los Estados Miembros. Además, en algunos terceros Estados se aborda el derecho al olvido desde una perspectiva diferente o, incluso, no se reconoce, en cuanto que la ponderación que se realiza entre el derecho a la libertad de información y los derechos a la vida privada y a la protección de los datos personales varía significativamente en las distintas partes del mundo.

Por ende, el gestor de un motor de búsqueda que sea requerido por una autoridad de control o judicial de un Estado Miembro para proceder a la supresión de datos o enlaces de todos sus dominios, no estará obligado, con arreglo al Derecho de la Unión, a proceder a dicha retirada en todas las versiones de su motor, de tal forma que este deber se circunscribe de forma ineludible exclusivamente al ámbito comunitario.

### *5.3 El derecho a olvido de los menores de edad*

El considerando 65 del RGPD consagra el derecho de supresión de los datos de carácter personal. En él, se realiza una especial mención al menor de edad, estableciendo lo siguiente: *“este derecho es pertinente en particular si el interesado dio su consentimiento siendo niño y no se es plenamente consciente de los riesgos que implica el tratamiento, y más tarde quiere suprimir tales datos personales, especialmente en Internet. El interesado debe poder ejercer este derecho, aunque ya no sea un niño”*.

Sin embargo, en lo que atañe al menor de edad en el ámbito del *sharenting*, el derecho de olvido no será de aplicación, cuando la información compartida por los progenitores sobre este se encuentre dentro del ámbito familiar; así se ha de entender en virtud del art. 2.c) RGPD que establece que *“el presente Reglamento no se aplica al tratamiento de datos personales: c) efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas”*.

Lo mismo se reitera en el considerando 18 RGPD que establece que *“el presente Reglamento no se aplica al tratamiento de datos de carácter personal por una persona física en el curso de una actividad exclusivamente personal o doméstica y, por tanto, sin conexión alguna con una actividad profesional o comercial. Entre las actividades personales o domésticas cabe incluir la correspondencia y la llevanza de un repertorio de direcciones, o la actividad en las redes sociales y la actividad en línea realizada en el contexto de las citadas actividades. No obstante, el presente Reglamento se aplica a los responsables o encargados del tratamiento que proporcionen los medios para tratar datos personales relacionados con tales actividades personales o domésticas”*. Por lo que teniendo en cuenta el segundo inciso, cabe entender que aun cuando los titulares de la patria potestad actúen exclusivamente en una esfera personal o doméstica, el derecho de olvido podrá ser de aplicación, por ejemplo, para las plataformas de red social cuando se interaccione con ellas<sup>114</sup>.

Más concretamente, sobre la exención doméstica en redes sociales, en el Dictamen 5/2009 del Grupo de Trabajo del Artículo 29<sup>115</sup>, del 12 de junio de 2009, sobre las redes sociales en línea, se ha dispuesto que las actividades de algunos usuarios en las redes sociales pueden superar los límites de esta esfera personal o doméstica, particularmente: i) cuando las redes sociales se emplean como plataformas de colaboración con una asociación o una empresa; ii) cuando se actúe en nombre de una empresa o de una asociación o se haga uso de la red social principalmente con fines comerciales, políticos o sociales; y, iii) en aquellos casos en que los usuarios adquieran un gran número de seguidores y no conozcan a algunos.

Asimismo, ha establecido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia 6 noviembre 2003 (TJCE 2003\368) que esta excepción “debe interpretarse en el sentido de que contempla únicamente las actividades que se inscriben en el marco de la vida privada o familiar de los particulares; evidentemente, no es éste el caso de un tratamiento de datos personales consistente en la difusión de dichos datos por Internet de modo que resulten accesibles a un grupo indeterminado de personas”<sup>116</sup>, en los casos en lo que, por

---

<sup>114</sup> GARCÍA GARCÍA, Ainoa. "La protección digital...cit. pp. 472-473.

<sup>115</sup> El Grupo de Trabajo del artículo 29, es aquel grupo de trabajo europeo consultivo e independiente, que se compuso conforme al art. 29 de la Directiva 95/46/CE para ocuparse de cuestiones relacionadas con la protección de la privacidad y los datos personales. Estuvo en funcionamiento hasta el 25 de mayo de 2018, fecha en la que entró en vigor el RGPD.

<sup>116</sup> STJUE 6 noviembre 2003 (TJCE 2003\368).

ejemplo, se compartan videos, audios o fotografías de un menor en Internet a un número indefinido de gente.

Finalmente, los menores que dependan de los titulares de la patria potestad o tutela para ejercitar su derecho de supresión, por no considerarse legalmente capaces para ejercerlo por sí mismos, podrán atenerse a lo dispuesto en el considerando 80 RGPD, en virtud del cual *“el interesado tendrá derecho a dar mandato a una entidad, organización o asociación sin ánimo de lucro que haya sido correctamente constituida con arreglo al Derecho de un Estado miembro, cuyos objetivos estatutarios sean de interés público y que actúe en el ámbito de la protección de los derechos y libertades de los interesados en materia de protección de sus datos personales, para que presente en su nombre la reclamación, y ejerza en su nombre los derechos contemplados en los artículos 77, 78 y 79 -es decir, el derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control, a la tutela judicial efectiva contra una autoridad de control y a la tutela judicial efectiva contra un responsable o encargado del tratamiento sucesivamente-, y el derecho a ser indemnizado mencionado en el artículo 82 si así lo establece el Derecho del Estado miembro”*.

Como consecuencia, el propio menor, un familiar de este e incluso un tercero interesado, estarán facultados para acudir a entidades, organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro que presten servicios de protección infantil o que representen los intereses de los niños y niñas, para que estas presenten solicitud en su nombre<sup>117</sup>.

## **V. LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y REPARACIÓN DEL DAÑO**

### **1. La responsabilidad civil derivada de los medios de comunicación**

Como hemos visto, el derecho a la propia imagen del menor de edad se ve en numerosas ocasiones ineludiblemente afectado en la esfera de los medios de comunicación.

Como consecuencia, la LOPJM trata de intensificar la protección del menor en este entorno, al establecer que cuando la difusión o utilización del nombre, la voz o la imagen de un menor en el ámbito de los medios de comunicación pueda implicar una injerencia ilegítima en su derecho al honor, a la intimidad, o en su reputación, o pueda resultar contraria a sus intereses, el Ministerio Fiscal intervendrá preceptivamente para instar de inmediato las medidas cautelares y de protección civil previstas en el art. 9 LOPDH que

---

<sup>117</sup> GARCÍA GARCÍA, Ainoa. La protección del menor...cit. p. 47.

estime oportunas, así como para solicitar las indemnizaciones que correspondan por los daños y perjuicios causados (art. 4.2 LOPJM).

En este aspecto, cuando estemos ante medios de prensa, no solo escrita sino también audiovisual o multimedia, resultará aplicable la antigua Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta, cuyo art. 65.2 consagra la responsabilidad civil solidaria de los autores, directores, editores, impresores e importadores o distribuidores de impresos extranjeros, por actos u omisiones ilícitos, no punibles. Responsabilidad solidaria que se justifica, precisamente, por la omisión de la diligencia exigible, dado que se considera que ninguno de ellos es ajeno al contenido de la información y opinión que el periódico difunde<sup>118</sup>.

Por consiguiente, en el ámbito de los medios de prensa, la demanda podrá dirigirse contra cualquiera de los responsables solidarios o contra todos ellos, a elección del propio perjudicado<sup>119</sup>.

## 2. La responsabilidad civil de los prestadores de servicio de la sociedad de la información

Ante una vulneración del derecho a la propia imagen del menor de edad, la responsabilidad civil por el daño ocasionado no solo afectará a los autores materiales de dicha vulneración, sino también a los prestadores de servicio de la sociedad de la información<sup>120</sup>, en la medida en que el legislador, como consecuencia de la complejidad que en ocasiones acarrea la identificación y localización en la red de los autores de dicha intromisión, ha optado por extender la responsabilidad civil, penal y administrativa al resto de los actores intervinientes en el escenario online<sup>121</sup>.

En todo caso, conviene señalar que se trata esta de una responsabilidad civil de naturaleza extracontractual derivada de un hecho ajeno como resultado de los contenidos colgados en la red por los distintos usuarios, autores de la intromisión, que dirige el perjudicado contra los proveedores de servicios de Internet<sup>122</sup>.

Concretamente, el régimen de responsabilidad de los prestadores de los servicios de la sociedad de la información aparece regulado en los arts. 13 a 17 LSSICE, donde el orden de responsabilidad será distinto en función de los servicios prestados en la red; de este,

---

<sup>118</sup> STC 21 diciembre 1992 (RTC 1992\240).

<sup>119</sup> STS 20 marzo 2003 (RJ 2003\2793).

<sup>120</sup> GIL ANTÓN, Ana María. “El menor y la tutela...”. cit. p. 291.

<sup>121</sup> GIL ANTÓN, Ana María. *El derecho a...* cit., p. 109.

<sup>122</sup> JORDÁ CAPITÁN, EVA. *Los derechos de...* cit. p. 24.

modo, se ha de diferenciar: la responsabilidad de los operadores de redes y proveedores de acceso (art. 14 LSSICE); la responsabilidad de los prestadores de servicio que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios (art. 15 LSSICE); la responsabilidad de los prestadores de servicio de alojamiento o almacenamiento de datos (art. 16 LSSICE); y la responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a los contenidos o instrumentos de búsqueda (art. 17 LSSICE)<sup>123</sup>.

Así pues, conforme al art. 14 LSSICE, los operadores y proveedores de acceso a la red de telecomunicaciones que se limiten a prestar servicios de intermediación, es decir, de transmisión por la red de datos facilitados por el destinatario del servicio y de conexión a Internet respectivamente, no responderán por la información transmitida, salvo en aquellos casos en que ellos mismos hayan originado la transmisión de datos, hayan realizado modificaciones en los mismos, o seleccionado los datos o a los destinatarios.

Del mismo modo, los prestadores de servicio que realicen copias automáticas, provisionales y temporales de datos facilitados por los usuarios con el objetivo de hacer más sencilla su posterior transmisión a otros destinatarios que los soliciten, no serán responsables por el contenido de estos datos ni por la reproducción temporal de los mismos, en cuanto no modifiquen la información, permitan el acceso a ella solo a los destinatarios autorizados, respeten las normas de actualización de la información, no interfieran en la utilización lícita de tecnología generalmente aceptada y empleada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información, y retiren o hagan imposible el acceso a la información que hayan almacenado en cuanto tengan conocimiento efectivo de: i) que ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente; ii) que se ha imposibilitado el acceso a ella; o iii) que un tribunal u órgano competente ha ordenado retirarla o impedir que se acceda la misma (art. 15 LSSICE).

Por lo que respecta a los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, esto es, aquellos que albergan información proporcionada por el destinatario del servicio, únicamente serán responsables de la información almacenada a petición del destinatario, siempre y cuando tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, y no actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos (art. 16 LSSICE).

---

<sup>123</sup> JORDÁ CAPITÁN, EVA. *Los derechos de...*cit. p. 24.

Igualmente, serán responsables los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, de la información a la que dirijan a los destinatarios, en tanto tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información remitida o recomendada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, y no actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente (art. 17 LSSICE).

En este sentido, se considerará, conforme a los arts. 16 y 17 LSSICE, que un servicio de la sociedad de la información ha tenido conocimiento efectivo de la ilicitud de una determinada información, a efectos de hacerle civilmente responsable por no actuar con la diligencia debida, *“cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado 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”*. De modo que, según la LSSICE, el conocimiento efectivo de la ilicitud de una información determinada podrá obtenerse no solo por resolución dictada por el órgano competente sino también por *“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”*, como por ejemplo, el conocimiento que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias que revelen, mediatamente o por consecuencias lógicas al alcance de cualquiera, que la actividad o la información tiene carácter ilícito<sup>124</sup>.

Por ende, podemos llegar a la conclusión de que la LSSICE prevé en su normativa una serie de motivos de exención de la responsabilidad civil, penal o administrativa en la medida en que el prestador de servicios de la sociedad de la información cumpla con una serie de requisitos de diligencia contenidos en la norma<sup>125</sup>.

Además, si bien el legislador impone la obligación a los prestadores de servicio de retirar o impedir el acceso a unos determinados datos cuando tengan conocimiento efectivo de la ilicitud de los mismo, no dice nada respecto de que hayan de llevar una supervisión

---

<sup>124</sup> STS 4 marzo 2013 (RJ 2013\3380).

<sup>125</sup> GIL ANTÓN, Ana María. *El derecho a...* cit., p. 110-111.

previa de estos, controlando los contenidos que suben a la web los distintos usuarios, en la medida que los prestadores de servicio han de sujetarse al principio de actuación neutral, y una fiscalización y filtrado previo de datos por su parte podría vulnerar el derecho a la libertad de expresión<sup>126</sup>. Al respecto, ha establecido la SAP Lugo 9 julio 2009 (JUR 2009\328919) que la LSSICE es una ley específica que regula la responsabilidad de los prestadores de servicios, y almacenadores de datos, pero que, sin embargo, no contiene una obligación general de supervisión, pues los Estados Miembros no pueden imponer a los prestadores de servicios una obligación de tal índole, o de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas<sup>127</sup>.

De forma que, los distintos prestadores de servicio de la sociedad de la información, en tanto no tienen facultades de control y supervisión -al contrario de lo que ocurre con los medios de prensa-, no responderán de las posibles intromisiones que se pueda producir, salvo cuando realicen actos positivos que vayan más allá de la simple prestación de un servicio, tales como modificar o seleccionar información, o cuando tenga conocimiento efectivo de la ilicitud de una información y no actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos, lo cual, aumenta de forma evidente el riesgo de lesión en los derechos de la personalidad y permite a los prestadores de servicio eximirse fácilmente de su responsabilidad.

### 3. La responsabilidad civil del menor de edad

El mal uso de las nuevas tecnologías por parte de los menores de edad, por su inexperiencia e ignorancia sobre las consecuencias que sus acciones en la red pueden acarrear, conlleva a que en ocasiones el propio menor se convierta en el autor material de una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de otro, como en los casos en que difunden fotografías de amigos y compañeros sin contar con su consentimiento, conducta que es especialmente relevante cuando se lleva a cabo en un contexto de acoso escolar.

En estos casos, el menor de edad se sujetará, por norma general, a la responsabilidad civil extracontractual regulada en los art. 1902 y siguientes del Código Civil. Ahora bien, cuando este tenga una edad mayor de catorce años y menor de dieciocho, debemos señalar, que existe dualidad normativa, en la medida en que el Código Civil, en sus arts.

---

<sup>126</sup> JORDÁ CAPITÁN, EVA. *Los derechos de...*cit. p. 25.

<sup>127</sup> SAP Lugo 9 julio 2009 (JUR 2009\328919).

1902 y siguientes, regula la denominada responsabilidad civil extracontractual, mientras que la LORPM se encarga de recoger la llamada responsabilidad civil *ex delicto*<sup>128</sup> que surge tras la comisión de un hecho tipificado por la ley como delito o falta<sup>129</sup>.

Como consecuencia, cuando un menor lleve a cabo una intromisión en el derecho a la propia imagen de otro, sin que dicha vulneración sea constitutiva de un ilícito penal será de aplicación el art. 1903 CC, conforme al cual responderán los padres o tutores respecto de sus hijos menores, o incluso, el centro docente cuando la intromisión se lleve a cabo durante los períodos de tiempo en que los mismos se encontraban bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias.

A título ilustrativo traemos a colación la SAP de Murcia 27 de abril de 2020 (AC 2020\1214), en la cual se procesa la responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno de los demandados respecto de sus hijos menores, Estela, Eulalia, Florinda y Mariano, al haber estos últimos presionado a la hija de la actora, Milagros, bajo amenazas y coacciones, a hacerse y publicar en la red social Tuenti unas fotos desnuda, que fueron posteriormente conocidas por terceras personas. Todo ello, generó en la menor una gran crisis de ansiedad por lo que tuvo que ser derivada a tratamiento psicológico. Además, tuvo que cambiar de instituto y sufre miedo de salir a la calle sola, lo que ha afectado gravemente a sus relaciones sociales. Concretamente, el Tribunal, condenó a los demandados, por culpa *in vigilando* o *in educanda*, a abonar de forma solidaria la cantidad ocho mil euros (8.000 €) en concepto de indemnización por los daños morales causados a la hija de la actora, argumentando, que la responsabilidad declarada en el art.1903 CC. viene precisamente, justificada por la trasgresión del deber de vigilancia que a los padres concierne respecto de sus hijos sometidos a la patria potestad, con presunción de culpa, por tanto, en quien la ostenta, sin que este permitido excusarse en que la conducta del menor no pueda calificarse como culposa debido a su corta edad y falta de madurez, pues la responsabilidad dimana siempre de la culpa propia del guardador por omisión del deber de vigilancia <sup>130</sup>.

---

<sup>128</sup> Los menores que tengan una edad igual o inferior a la de los 14 años, están exentos de responsabilidad criminal (art. 1.1 LORPM), por lo que en materia de responsabilidad civil se sujetarán a los dispuesto en los art. 1903 CC: JORDÁ CAPITÁN, EVA. *Los derechos de...*cit. p. 20.

<sup>129</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina. *La responsabilidad civil del menor*. Madrid: Dykinson, S.L., 2001. p. 400.

<sup>130</sup> SAP Murcia 27 abril 2020 (AC 2020\1214).

Hacemos mención, igualmente, a la SAP de Bizkaia 25 enero 2019 (JUR 2019\98124), en la que se enjuicia el deber de un centro escolar de responder civilmente por los siguientes hechos: el día 15 de mayo de 2015, tras la clase de gimnasia una menor de 13 años fue grabada y fotografiada desnuda por sus compañeras en la zona de vestuarios, concretamente en la zona de duchas, siendo dichas imágenes difundidas después en la red social Snapchat y a través de dispositivos móviles por Internet a un número indeterminado de alumnos del colegio. En la citada sentencia, el tribunal decidió condenar al centro educativo conforme a lo establecido en el art. 1903 CC, como consecuencia de la actuación negligente del colegio y en la medida en que los hechos y su difusión ocurrieron en el recinto escolar y en horario lectivo, cuando las menores se encontraban bajo la vigilancia y control del centro docente<sup>131</sup>.

Por otro lado, tratándose de menores mayores de 14 y menores de 18 que al vulnerar el derecho a la propia imagen de un menor, hayan cometido además con su actuar un ilícito penal, el art. 63.1 LORPM establece que responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o, de hecho, por este orden. Se admite, sin embargo, que esta responsabilidad sea moderada por el juez en aquellos casos en que estos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave.

#### 4. La reparación del daño

Como hemos visto, el art. 9.2 LOPDH prevé una amplia gama de acciones de muy distinta naturaleza y finalidad como son las de cesación, cautelares, de abstención e indemnizatorias frente a las intromisiones ilegítimas que se puedan producir en los derechos de la personalidad<sup>132</sup>.

Concretamente, el apartado c) del art. 9.2 LOPDH prevé la reparación de los daños y perjuicios causados por medio del pago de una indemnización, que conforme al apartado 3 del mismo artículo, se extenderá al daño moral.

Al respecto, ha establecido la STS 27 julio 2006 (RJ 2006\6548) lo siguiente: “atendiendo a su origen, el daño causado a los bienes o derechos de una persona puede ser calificado como daño patrimonial, si se refiere a su patrimonio pecuniario; daño biológico, si se refiere a su integridad física; o daño moral, si se refiere al conjunto de derechos y bienes

---

<sup>131</sup> SAP Bizkaia 25 enero 2019 (JUR 2019\98124).

<sup>132</sup> JORDÁ CAPITÁN, EVA. *Los derechos de...*cit. p. 28.

de la personalidad que integran el llamado patrimonio moral”. De tal forma que, deben ser calificados como daños morales “aquellos que no son susceptibles de ser evaluados patrimonialmente por consistir en un menoscabo cuya sustancia puede recaer no sólo en el ámbito moral estricto, sino también en el ámbito psicofísico de la persona y consiste, paradigmáticamente, en los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados que no tienen directa o secuencialmente una traducción económica”<sup>133</sup>.

En este sentido, el art. 9.3 consagra una presunción *iuris et de iure* de daño siempre y cuando se haya acreditado la existencia de una intromisión ilegítima, a la vez que establece los medios para cuantificar la indemnización por los perjuicios causados, que se valorarán atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido la intromisión.

También cabrá valorar, a efectos de cuantificar la indemnización, la notoriedad pública del perjudicado, la existencia de consentimiento al menos tácito, el comportamiento previo del afectado con respecto a la utilización de su imagen, si la captación de la imagen se realizó en un lugar público, el carácter accesorio de la misma<sup>134</sup>, por supuesto, la minoría de edad del agraviado, así como cualquier otra circunstancia relevante relacionada con el menor<sup>135</sup>.

## VI. CONCLUSIONES

Son indiscutibles las numerosas ventajas de las que nos beneficiamos gracias a la existencia de Internet y de las redes sociales, a la vez que no cabe duda del riesgo potencial que estas modernas herramientas entrañan para preservar los derechos de la personalidad y, en particular, el derecho a la propia imagen, de la sociedad actual, especialmente cuando se hace un mal uso de ellas.

Concretamente el derecho a la propia imagen en este entorno virtual se encuentra íntimamente ligado a la vida privada y al derecho a la protección de datos, en la medida en que la voz, el nombre, o los rasgos físicos de una persona, reciben la condición de datos de carácter personal, de modo que, cuando esta información es arrojada a la red se configura lo que conocemos como “identidad digital”.

---

<sup>133</sup> STS 27 julio 2006 (RJ 2006\6548).

<sup>134</sup> STS 25 septiembre 2014 (RJ 2014\5319).

<sup>135</sup> JORDÁ CAPITÁN, EVA. *Los derechos de...* cit. p. 29.

Por consiguiente, la protección del derecho a la propia imagen en este espacio digital se vuelve indispensable, sobre todo cuando se trata de menores de edad, dado que estos sujetos son especialmente vulnerables a sufrir una intromisión en sus derechos ya que se encuentran plenamente habituados a la presencia de las nuevas tecnologías, haciendo uso de ellas, cada vez a edades más tempranas y sin supervisión, en la mayor parte de ocasiones de forma inconsciente, ignorando por completo los peligros que entrañan.

No podemos olvidar, además, la particular transcendencia de los daños que genera una intromisión en el derecho a la propia imagen en este entorno, tanto por la gran accesibilidad y difusión que tiene Internet, como por la complejidad que acarrea eliminar un dato por completo de la red, lo que puede generar grandes estragos en el desarrollo moral, psicológico y físico del menor de edad.

Frente a ello, nos encontramos con que los mecanismos que ofrece nuestro ordenamiento jurídico para respaldar el derecho a la propia imagen en el avanzado entorno virtual en numerosos casos resultan ineficaces, por las siguientes razones.

En primer lugar, los textos legislativos que regulan la materia son muy diversos y complejos por lo que al ciudadano medio le es, con razón, costoso conocer las diferentes garantías que le amparan a la hora de defender sus derechos. Si bien el gigante de Internet se encuentra en constante cambio y progresa a un ritmo estrepitoso, lo que hace problemático legislar con herramientas adaptadas a nuestro tiempo, ello no justifica una normativa llena de ambigüedades en aspectos esenciales, como, por ejemplo, lo que se ha de entender como *condición suficiente de madurez* a la hora de que un menor pueda prestar consentimiento.

Asimismo, pese a que el RGPD obliga a que el responsable del tratamiento de datos efectúe los esfuerzos que sean razonables para verificar que el consentimiento de quien no reúne la edad suficiente -en España de 14 años- fue dado o autorizado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, la realidad es que la mayor parte de plataformas online han abandonado esta tarea precisamente por la inexistencia de concreción de un procedimiento de comprobación de edad y autenticidad del consentimiento prestado. Algo que podría solucionarse estableciendo un sistema de verificación de edad mediante la aportación de un documento electrónico.

Por otra parte, en el ámbito del *sharenting*, la posibilidad de apreciar la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del menor de edad, se ve limitada

tanto al interés superior del menor, como a los usos sociales en aquellos casos en que no exista consentimiento, lo que abre la puerta a que se dé una sobreexposición lícita por parte de los titulares de la patria potestad o tutela de sus hijos menores en las redes, mermando, como consecuencia, su privacidad y capacidad de decisión sobre su “identidad digital”.

En cuanto a la responsabilidad de los servicios de la sociedad de la información, la LSSICE, ofrece una regulación sumamente impune, de modo que solo responderán, por norma general, de las intromisiones que a través de la red se puedan producir en los derechos de la personalidad, cuando hayan llevado a cabo cualquier acción positiva que sobrepase los límites de la prestación del servicio -como la creación de contenidos propios o selección de ajenos- o cuando tenga conocimiento efectivo de que la información almacenada es ilícita, y finalmente no actúen con la diligencia debida para retirar tales datos, lo que aumenta el riesgo de lesión sobre los bienes de la personalidad.

Por último, dada la dificultad de restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, una vez producida una intromisión en el derecho a la propia imagen, teniendo en cuenta los límites territoriales del derecho de olvido y, en general, la gran expansión de la información que es volcada en Internet, la herramienta más eficiente para preservar este derecho es la prevención mediante la educación. De modo que padres, docentes y poderes públicos deberían tratar de concienciar a la población más joven de los riesgos y consecuencias que se pueden derivar de un uso inadecuado de las nuevas tecnologías.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ACEDO PENCO, Ángel. *Derecho al honor y libertad de expresión, asociaciones, familia y herencias cuestiones jurídicas actuales: supuestos concretos y soluciones jurisprudenciales*. Madrid: Dykinson, 2007.
- ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel. *El derecho a la propia imagen*. Madrid: Tecnos, 1997.
- AMMERMAN YEBRA, Julia. “El régimen de prestación del consentimiento para la intromisión en los derechos de la personalidad de los menores. Especial referencia al fenómeno del sharenting”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. 2018.
- BARTOLOMÉ TUTOR, Aránzazu, LÁZARO GONZALEZ, Isabel. *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*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel. *Derecho de supresión de datos o derecho al olvido*. Madrid: Reus, 2017.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel. “La protección jurídica de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar ya la propia imagen de los menores de edad”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. 2016.
- BONILLA SÁNCHEZ, Juan José, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luís Humberto, MORALES ARROYO, José María. *Personas y derechos de la personalidad*, Madrid: Reus, 2010.
- CAZURRO BARAHONA, Víctor. *Antecedentes y fundamentos del derecho a la protección de datos*. Barcelona: Bosch, 2020.
- CHAPARRO MATAMOROS, Pedro. “El derecho a la propia imagen. Especial referencia a los menores de edad”. *Revista Doctrinal Aranzadi*. 2014.
- DE PABLO CONTRERAS, Pedro et al. *Derecho de la Persona. Curso de Derecho Civil (I). Volumen II*. 6ª ed. Madrid: Edisofer, 2018.
- ENCABO VERA, Miguel Ángel. *Derechos de la Personalidad*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

- GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Los procesos civiles de protección del honor, la intimidad y la propia imagen*. Barcelona. Bosch, 2007.
- GARCÍA GARCÍA, Ainoa. *La protección del menor en el derecho europeo y español. El sharenting y su problemática*. Valencia: Universidad Politécnica de Valencia, 2021.
- GARCÍA GARCÍA, Ainoa. "La protección digital del menor. El fenómeno del sharenting a examen.". *Revista de Derecho UNED*. 2021, (27).
- GIL ANTÓN, Ana María. *El derecho a la propia imagen del menor en Internet*. Universidad Complutense de Madrid: Dykinson, 2013.
- GIL ANTÓN, Ana María. "El menor y la tutela de su entorno virtual a la luz de la reforma del Código Penal LO 1/2015". *Revista de Derecho UNED*. 2015, (16).
- JORDÁ CAPITÁN, EVA. *Los derechos de la personalidad de los menores y las nuevas tecnologías*. Madrid: El Derecho Editores, 2012.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina. *La responsabilidad civil del menor*. Madrid: Dykinson, 2001.
- SÁNCHEZ - LAFUENTE, Fuensanta Rabadán. "La protección de los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor con suficiente madurez entre el respecto de sus decisiones y la intervención del Ministerio Fiscal" *Revista de ciencias jurídicas y sociales*. 2015.
- REBOLLO DELGADO, Lucrecio y María Mercedes SERRANO PÉREZ. *Introducción a la protección de datos*. Madrid: Dykinson, 2018.
- ROCA TRÍAS, Encarna. *Familia y cambio social*. Madrid: Civitas, 1999.
- SERRANO MAÍLLO, María Isabel. "Cómo proteger el derecho a la propia imagen de los menores en televisión". *Derecom*. 2010, (2).
- TRONCOSO REIGADA, ANTONIO. *La protección de datos personales en busca del equilibrio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

## **VIII. JURISPRUDENCIA**

STJUE 6 noviembre 2003 (TJCE 2003\368).

STJUE 24 septiembre 2019 (TJCE 2019\203).

STC 2 diciembre 1988 (RTC 1988\231).

STC 21 diciembre 1992 (RTC 1992\240).

STC 25 abril 1994 (RTC 1994/117).

STC 26 marzo 2001 (RTC 2001\81).

STC 2 julio 2001 (RTC 2001\156).

STC 28 enero 2003 (RTC 2003\14).

STC 14 de marzo 2003 (RJ 2003/2586).

STC 16 de abril 2007 (RTC 2007/72).

STC 29 junio 2009 (RTC 2009\158).

STC 28 enero 2014 (RTC 2003\14).

STS 7 octubre 1996 (RJ 1996\7058).

STS 20 marzo 2003 (RJ 2003\2793).

STS 19 julio 2004 (RJ 2004\4349).

STS 7 marzo 2006 (RJ 2006\1579).

STS 27 julio 2006 (RJ 2006\6548).

STS 19 noviembre 2008 (RJ 2008\6055).

STS 15 julio 2010 (2010\6271).

STS 5 julio 2011 (RJ 2011\5003).

STS 23 enero 2012 (RJ 2012\3652).

STS 24 julio 2012 (RJ 2013/2263).

STS 18 febrero 2013 (RJ 2013/2016).

STS 4 marzo 2013 (RJ 2013\3380).

STS 17 diciembre 2013 (RJ 2013\8055).

STS 5 junio 2014 (RJ 2014\3087).

STS 25 septiembre 2014 (RJ 2014\5319).

STS 15 septiembre 2015 (RJ 2015\3990).

STS 10 de diciembre 2015 (RJ 2015\6401)

STS 26 abril 2017 (RJ 2017\1737).

STS 19 diciembre 2019 (RJ 2019\5259).

STS 13 enero 2022 (JUR 2022\42118).

SAP Barcelona 1 junio 1999 (AC 1999/1506).

SAP Lugo 9 julio 2009 (JUR 2009\328919).

SAP Pontevedra 4 junio 2015 (JUR 2015\163149).

SAP Lugo 15 febrero 2017 (JUR 2017\82242).

SAP Barcelona 25 abril 2017 (AC 2017\858).

SAP Madrid 29 mayo 2017 (JUR 2017\206077).

SAP de Bizkaia 25 enero 2019 (JUR 2019\98124).

SAP Navarra 26 febrero 2020 (JUR 2020\299802).

SAP Murcia 27 abril 2020 (AC 2020/1214).

SAP Barcelona 10 febrero 2021 (JUR 2021\227198).

SAP Lugo 11 mayo 2021 (JUR 2021\235398).