



UNIVERSIDADE DA CORUÑA



Ilustre Colegio Provincial de  
ABOGADOS DE A CORUÑA

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

**MENORES DE EDAD SOBREEXPUESTOS EN REDES SOCIALES POR SUS  
PROGENITORES: INTROMISIONES ILEGÍTIMAS EN SUS DERECHOS A LA  
PROPIA IMAGEN E INTIMIDAD**

**MENORES DE IDADE SOBREEXPUESTOS NAS REDES SOCIAIS POLOS SEUS  
PROXENITORES: INTROMISIÓNS ILEXÍTIMAS NOS SEUS DEREITOS Á  
PROPIA IMAXE E INTIMIDADE**

**OVEREXPOSITION OF MINORS ON SOCIAL MEDIA BY THEIR PARENTS:  
THEIR RIGHTS TO PERSONAL PORTAYAL AND PRIVACY & LEGAL  
INTERFERENCES**

MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA

Facultad de Derecho

Curso 2023-2024

Autora: **INÉS FANDIÑO PORCA**

Tutora: **NOELIA COLLADO RODRÍGUEZ**

## ÍNDICE

<b>LISTADO DE ABREVIATURAS.....</b>	<b>3</b>
<b>I. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>4</b>
<b>II. POSIBLES DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS POR EL USO DE LAS REDES SOCIALES Y PARTICULARIDADES CUANDO SU TITULARIDAD PERTENECE A UN MENOR DE EDAD.....</b>	<b>6</b>
1. Marco normativo de protección a la privacidad del menor de edad.....	6
1.1 Normativa europea.....	6
1.2 Normativa española.....	6
2. Aproximación general a los derechos fundamentales objeto de estudio.....	9
2.1 Derecho a la propia imagen.....	9
2.2 Derecho a la intimidad personal y familiar.....	11
2.3 Derecho al honor.....	12
3. Titularidad del derecho a la propia imagen e intimidad del menor de edad.....	13
3.1 La intervención del MF para la defensa de los derechos titularidad del menor.....	15
4. La capacidad del menor de edad y su consentimiento para el acceso y publicación de contenidos en redes sociales.....	17
4.1 La capacidad del menor de edad.....	17
4.2 La validez del consentimiento prestado por el menor de edad.....	18
4.2.1 Consentimiento para el acceso a las redes sociales.....	21
4.2.2 Consentimiento para la publicación de contenidos en redes.....	23
4.2.3 Revocación del consentimiento.....	25
<b>III. INTROMISIONES ILEGÍTIMAS Y VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS A LA PROPIA IMAGEN E INTIMIDAD DEL MENOR DE EDAD EN REDES SOCIALES.....</b>	<b>26</b>
5. Menores expuestos en internet por sus progenitores .....	27
5.1 Conflictos parentales.....	28
5.2 Mercantilización de la imagen de los menores en redes sociales: <i>sharenting</i> y <i>oversharing</i> .....	31
<b>IV. SOLUCIONES LEGALES A LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS A LA PROPIA IMAGEN E INTIMIDAD DEL MENOR DE EDAD.....</b>	<b>32</b>
6. Soluciones al fenómeno <i>sharenting</i> en la normativa española.....	33

7. El modelo de protección a los niños <i>influencers</i> en el Derecho francés.....	39
<b>V. CONCLUSIONES.....</b>	<b>43</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>45</b>
<b>APÉNDICE LEGISLATIVO.....</b>	<b>51</b>
<b>APÉNDICE JURISPRUDENCIAL.....</b>	<b>53</b>

## LISTADO DE ABREVIATURAS

<b>Art./Arts.</b>	Artículo/Artículos
<b>CE</b>	Constitución Española
<b>CC</b>	Código Civil
<b>CDN</b>	Convención de Derechos del Niño de 1989
<b>ET</b>	Estatuto de los Trabajadores
<b>LGCA</b>	Ley General de Comunicación Audiovisual
<b>LO</b>	Ley Orgánica
<b>LOPD</b>	Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales
<b>LOPHII</b>	Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al honor, intimidad personal y a la propia imagen
<b>LOPJM</b>	Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil
<b>MF</b>	Ministerio Fiscal
<b>RD</b>	Real Decreto
<b>SAP</b>	Sentencia Audiencia Provincial
<b>ST</b>	Sentencia
<b>STC</b>	Sentencia Tribunal Constitucional
<b>STS</b>	Sentencia Tribunal Supremo
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional
<b>TS</b>	Tribunal Supremo

## I. INTRODUCCIÓN

El impacto de las nuevas tecnologías ha dado lugar a un enorme avance de la sociedad, generando importantes cambios en la forma en la que los individuos nos relacionamos. Como ARANDA SERNA afirma “*con tan sólo un siglo de innovación se ha mejorado la calidad de vida en múltiples formas, aunque esto no implica que los ciudadanos sean necesariamente más felices, sino que tienen una mayor variedad de opciones*”<sup>2</sup>.

En los últimos tiempos hemos asistido al desarrollo de un fenómeno indiscutible: el acceso y uso masivo de internet y las redes sociales por parte de los menores de edad. Su participación ya no se limita a la de un usuario pasivo de estas redes como meros visualizadores de contenido, sino que se han convertido en actores principales que suben y comparten sus propios vídeos e imágenes con frecuencia.

El problema surge a la hora de delimitar el alcance de ese contenido, es decir, quién puede visionarlo, lo cual es verdaderamente complicado, ya que en ocasiones estas publicaciones son vistas por millones de personas con las que incluso los menores pueden llegar a interactuar *online*. Se trata de una dimensión que se escapa en cierta medida del control del usuario de estas redes que, en caso de querer retirar definitivamente sus propias publicaciones se verá inmerso en múltiples complicaciones que lo harán tarea imposible, ya que estas imágenes habrán pasado de unas manos a otras y se habrán difundido por otras redes sociales<sup>3</sup>, dejando un rastro en Internet conocido como “huella” o “reputación” digital<sup>4</sup>.

Existe una tendencia generalizada por parte de un sector de los usuarios de las redes sociales basada en enseñar su vida privada en tiempo real como resultado de una necesidad y de una sensación de “*anhelo público por la información gráfica*”<sup>6</sup>. La situación se agrava cuando son los propios progenitores del menor quienes le sobreexponen sin límite en redes, mostrando a sus seguidores aspectos que forman parte de la intimidad del menor, lo que hace que cada vez sea mayor la preocupación de la sociedad por limitar las posibles consecuencias negativas que se alcanzarían en estos casos.

Según la información recopilada por el ONTSI<sup>7</sup>, un 98% de los menores españoles de 10 a 15 años usa Internet de forma habitual desde la pandemia y, en los últimos dos años, el porcentaje de niños y niñas de esta misma edad que emplea el ordenador ha pasado del 90 al 95%. Además, siete de cada diez menores poseen teléfono móvil particular, y el 97% de los menores de entre 14 y 17 años hacen uso diario de las redes sociales<sup>8</sup>. Estos datos muestran la facilidad de acceso que los menores tienen a las redes sociales, lo que deriva en que muchos de ellos hayan llegado a ser considerados creadores de contenido o *influencers* por el gran alcance de su actividad, o que indirectamente, sean sus propios padres quienes los hayan convertido en tal por la sobreexposición constante a la que los someten en las plataformas.

<sup>2</sup> ARANDA SERNA, Francisco José, 2021. *Derecho y nuevas tecnologías. La influencia de Internet en la regulación de los derechos de la personalidad y los retos digitales en el ordenamiento jurídico español*, Dykinson S.L, p.15.

<sup>3</sup> HERRERA DE LAS HERAS, Ramón y PAÑOS PÉREZ, Alba, 2022. La privacidad de los menores en redes sociales. Especial consideración al fenómeno influencer. Atelier Civil Libros Jurídicos, p.11.

<sup>4</sup> PLANAS BALLVÉ, María, 2020. Sharenting: Intromisiones ilegítimas del derecho a la intimidad de los menores de edad en las redes sociales por sus responsables parentales. *CEFLegal, Revista práctica de Derecho*, nº 228, pp.37–66. Disponible en [https://revistas.cef.udima.es/index.php/ceflegal/article/view/9695/9423-](https://revistas.cef.udima.es/index.php/ceflegal/article/view/9695/9423)

<sup>6</sup> PERLA VELAUCHAGA, Ernesto, 1994.; *El derecho a la propia imagen*, Derecho PUCP, p.33.

<sup>7</sup> OBSERVATORIO NACIONAL DE TECNOLOGÍA Y SOCIEDAD, 2022. Estudio *El uso de la tecnología por los menores en España*, p.4. Disponible en <https://www.ontsi.es/sites/ontsi/files/2022-02/usotecnologiamenoresespa%C3%B1a2022.pdf>

<sup>8</sup> IAB SPAIN, 2022. *VI Estudio de Redes Sociales*.

Aunque es evidente que nos han aportado múltiples beneficios, tenemos que ser conscientes de que las redes sociales entrañan peligros que ponen en riesgo la intimidad de nuestra vida privada. Riesgos que se incrementan de forma alarmante en el caso de los menores, los cuales suelen hacer un uso incorrecto de las mismas desde edades cada vez más tempranas<sup>9</sup>.

Considerar que parte de los menores hace un uso incorrecto de las redes sociales deriva de conocer, por ejemplo, que muchos de ellos acceden y se crean cuentas en las plataformas sin cumplir con la edad mínima requerida llegando a falsear sus datos personales, no cumplen las condiciones de uso con el contenido que visualizan y publican en la red, ni tienen limitados los horarios de uso de su teléfono móvil u ordenador. El motivo de este descontrol se encuentra en lo familiarizados que se encuentran con las nuevas tecnologías desde pequeños, potenciada en ocasiones por la permisividad de sus progenitores, y la falta de límites al acceso y publicación de contenidos existente en las plataformas.

Hay que reconocer que el mero hecho de compartir contenido en redes no tiene por qué vulnerar directamente la privacidad del menor, pero sí potencia el riesgo de que esto pueda llegar a suceder ya que *“aunque existan riesgos para la privacidad en relación con todos los usuarios, los menores constituyen un grupo particularmente vulnerable”*<sup>10</sup>.

Así, el objetivo de este trabajo será analizar, desde la perspectiva del ejercicio profesional de la abogacía, aquellas circunstancias en las que puede existir una colisión entre el uso de las redes sociales y la privacidad del menor de edad, y que afecten la protección jurídica que los derechos fundamentales del art. 18 CE le confieren dando lugar, en su caso, a intromisiones ilegítimas. Se prestará especial atención al hecho de que sean los propios progenitores, en el desarrollo de su actividad como creadores de contenido, quienes expongan la intimidad de su hijo menor en las plataformas obteniendo rendimientos económicos.

En consecuencia, se expondrán las adaptaciones y actualizaciones de las medidas que protegen los derechos de la personalidad de los menores de edad y se presentarán las posibles soluciones legales que nuestro ordenamiento jurídico confiere a estos problemas.

---

<sup>9</sup> CARRETERO SÁNCHEZ, Santiago, 2014. Las redes sociales y su impacto en el ataque a los derechos fundamentales, aproximación general. *Diario La Ley*, nº 8319.

<sup>10</sup> Estrategia de la Comisión Europea en favor de una Internet más adecuada para los niños, *Better Internet for Kids (BIK+)* en <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/digital-decade-children-and-youth-new-european-strategy-better-internet-kids-bik> [consulta: 10 octubre 2023].

## **I. POSIBLES DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS POR EL USO DE LAS REDES SOCIALES Y PARTICULARIDADES CUANDO SU TITULARIDAD PERTENECE A UN MENOR DE EDAD**

### **1.Marco normativo de protección general a la privacidad del menor de edad**

Antes de proceder al análisis jurídico del contenido de los derechos de la personalidad objeto de estudio es necesario identificar y ubicarnos, en primer lugar, el marco normativo europeo, por su posición prioritaria en la pirámide normativa, para después proceder a analizar la legislación española que se refiere a esta cuestión.

#### **1.1 Normativa europea**

A nivel europeo, el Reglamento General de Protección de Datos<sup>11</sup> reitera en su consideración número 38 la idea de que los niños merecen una protección específica y garantista de sus datos personales y que *“dicha protección específica debe aplicarse en particular, a la utilización de datos personales de niños con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario”*. La finalidad de este Reglamento no es proteger propiamente los derechos de los menores de edad en redes, sino que pretende establecer una autorregulación de las plataformas digitales para evitar que se incurra en una vulneración de estos derechos, como se aprecia en su artículo 57.1.b) al afirmar que las autoridades de control de protección de datos *“deberán promover la sensibilización del público y su comprensión de los riesgos (...) y derechos en relación con el tratamiento”* y que deberá prestarse especial atención a aquellos contenidos que vayan dirigidas específicamente a niños.

También a nivel comunitario es necesario aludir a la presencia de la Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo<sup>12</sup> que todavía no ha sido traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico, pero que advierte a los Estados miembros de la conveniencia de tomar dos importantes medidas: establecer sistemas de verificación de edad para los usuarios de plataformas de intercambio de vídeos respecto de aquellos que puedan perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de los menores [art. 28 *ter* letra f)]; y la solicitud a los Estados miembros a que promuevan la autorregulación mediante códigos de conducta adoptados a nivel nacional (art. 4 *bis*). Sin embargo, esta Directiva solo afronta la cuestión relativa al acceso a los contenidos, pero deja de lado la problemática sobre las imágenes de menores subidas a redes por ellos mismos o por terceros, cuenten o no con su consentimiento.

#### **1.2 Normativa española**

La privacidad de los menores de edad engloba los derechos a la intimidad y a la propia imagen que, junto con el derecho al honor, se incluyen como derechos fundamentales en el Título Primero de la Constitución Española (en adelante, CE). El artículo 18.1 CE afirma que *“se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”*, que, en el ámbito práctico concede *“un poder a las personas para proteger la esencia de su personalidad y sus más importantes cualidades”*<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

<sup>12</sup> Por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2018/303/L00069-00092.pdf> [consulta: 11 octubre 2023].

<sup>13</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José, 1952. Los derechos de la personalidad. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 2, p. 9.

La CE alude a la protección de la juventud y de la infancia haciendo referencia a la tutela y garantía del interés del menor de edad al afirmar en su artículo 18.4 que *“la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”*, así como en su artículo 20.4 al establecer que la libertad de información y expresión *“tiene su límite, especialmente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”*.

Que estos derechos de la personalidad se incluyan en el Título Primero de la CE implica incluirlos en la categoría de derechos fundamentales, lo que los reviste de una especial protección e importancia y hace que desplieguen una serie de efectos como, por ejemplo, la necesidad de que el menor emita su consentimiento para que se proceda a la publicación o la difusión de una imagen suya en redes, como se expondrá más adelante.

Con el desarrollo de estos preceptos constitucionales, nuestro ordenamiento jurídico nos brinda una amplia protección a la privacidad del menor de edad como la que encontramos en la Ley Orgánica (desde ahora, LO) 1/1982 de 5 de mayo, *de Protección Civil del Derecho al honor, intimidad personal y a la propia imagen* (LOPHII, en adelante); o la protección que la LO 1/1996 de 15 de enero, *de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (LOPJM) establece de forma específica al afirmar tajantemente en su artículo cuarto que:

1. *Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (...).*

2. *La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados.*

3. *Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales.*

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

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

El citado artículo prohíbe volcar información e imágenes de menores de edad en las redes sociales cuando su utilización *“pueda implicar el menoscabo de su honra o reputación o sea contraria a sus intereses”*. Es decir, será contrario al interés del menor el hecho de compartir cualquier publicación que pueda facilitar que un tercero pueda hacerle daño. Este tipo de acciones, al parecer de FLORIT FERNÁNDEZ<sup>14</sup>, son muy variadas: pueden ir desde publicar imágenes o vídeos del menor que puedan parecer “graciosos” o entrañables, subir vídeos donde se enseñan las rutinas que el menor sigue en su vida diaria (el momento del baño, reacciones cuando ha suspendido una asignatura, cuando va a conocer a su hermano al hospital, probando comida, o incluso el parto de su madre cuando lo trajo al mundo); subir contenido donde se informa de donde vive él y su familia, o imágenes

<sup>14</sup> FLORIT FERNÁNDEZ, Carmen, 2022. *Los Menores e Internet. Riesgos y Derechos*, 1ª Edición, Bogotá, J.M Bosch Editor, cap. 4, p. 71.

donde se visualiza al menor con el uniforme escolar y llevan a localizar su centro educativo con facilidad.

Existen más textos legales que refuerzan la protección jurídica de la intimidad del menor en redes sociales tales como la LO 8/2021 de 4 de junio, *de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*. Esta normativa alude a los derechos de la personalidad en varios de sus artículos, pero únicamente hace referencia a aquellos contenidos publicados en la red que pueden afectar al menor, lo que parte de la doctrina califica como *decepcionante*<sup>15</sup> por su escaso alcance, ya que deja de lado una importante regulación como, por ejemplo, de las publicaciones en las que aparecen los propios menores o su papel activo en redes como creadores de contenido. Para estos autores, que el artículo 95.1 de esta ley señale simplemente que “*los menores tienen derecho a que su imagen y su voz no se utilicen en los servicios de comunicación audiovisual sin su consentimiento o el de su representante legal, según la normativa vigente*” es algo reiterativo, ya que se trata de una mención genérica al consentimiento, que se remite a otras normas y que no aporta nada nuevo<sup>16</sup>.

Otra norma que puede resultar de aplicación es la Ley 13/2022 de 7 de julio, *general de comunicación audiovisual*. Este cuerpo normativo tiene como objetivo establecer un marco jurídico aplicable a los medios de comunicación que “*refleje el progreso del mercado y que permita lograr un equilibrio entre el acceso a estos servicios, la protección del consumidor y la competencia*”<sup>17</sup>. Tanto las redes sociales como la televisión son considerados medios de comunicación e información audiovisual para el usuario. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que la protección que se brinda al menor de edad en los medios de comunicación tradicionales dista mucho de la ofrecida en las redes sociales: en la televisión existe un severo control de los contenidos que se pueden emitir, estableciendo incluso franjas horarias para su emisión según estos sean o no adecuados para los menores de edad. Por el contrario, esto no ocurre en las redes sociales, ya que en ellas existe un control ciertamente dudoso a la publicación de contenidos para menores, pudiendo publicarse a cualquier hora contenidos que están vetados por la Ley Audiovisual, lo que supone una gran incoherencia. También el acceso a los contenidos en ambos casos es muy distinto: por ejemplo, el espectador televisivo tiene limitada la posibilidad de elegir qué programa quiere ver en una determinada cadena, ya que la emisión de ese contenido está estipulada para un día y hora en concreto. Mientras, el usuario de las redes sociales puede elegir qué contenido dentro de la *app* quiere ver dentro de toda su variedad, lo que nutrirá la configuración de su algoritmo y hará que generalmente visualice una temática similar.

Finalmente, también resulta de aplicación la LO 3/2018 de 5 de diciembre, *de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales* (de aquí en adelante, LOPD), que refiere al consentimiento prestado por el menor de edad en su artículo 7 al afirmar en su apartado primero que “*el tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años*”, cuestión que analizaremos más adelante. El sentido de esta LO se complementa con el contenido del Reglamento General de Protección de Datos.

El desarrollo de la variada normativa expuesta, europea y nacional, a la que se hará referencia a lo largo de este trabajo responde a la idea de que “*proteger la intimidad del menor no es una cuestión baladí*”<sup>18</sup> y que es evidente que el menor es el único poseedor de estos derechos personales prioritariamente protegidos por la ley. Es cierto que muchas de las normas han quedado ya desfasadas, y existen muchos aspectos importantes de la privacidad de los menores de edad que se encuentran

<sup>15</sup> HERRERA DE LAS HERAS, Ramón y PAÑOS PÉREZ, Alba, 2022, *op. cit.*, p.3.

<sup>16</sup> HERRERA DE LAS HERAS, Ramón y PAÑOS PÉREZ, Alba, 2022, *op.cit.*, p.3.

<sup>17</sup> Ley 13/2022 de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual, preámbulo I.

<sup>18</sup> FLORIT FERNÁNDEZ, Carmen, 2022, *op.cit.*, p.6.

pendientes de regulación, lo que hace que, a día de hoy, quede un largo camino para alcanzar un acceso y uso de las redes sociales garantista y seguro para ellos.

## 2. Aproximación general a los derechos fundamentales objeto de estudio

Una vez concretada la normativa general aplicable relativa a la protección de la privacidad del menor de edad, es necesario conocer ahora el concepto y detallar mínimamente el contenido propio del derecho a la propia imagen, a la intimidad personal y familiar y al honor.

Considero que realizar una aproximación general a estos derechos fundamentales nos permite conocer su verdadera importancia a nivel jurídico, sobre todo a la hora de proteger al menor, y poder comprender así el sentido de la gravedad las vulneraciones o las intromisiones ilegítimas que se pueden llegar a causar en los mismos y que veremos a lo largo de este trabajo.

Primeramente, debemos precisar que estamos ante tres derechos de la personalidad diferenciados, aunque en ocasiones se hace referencia a ellos en su conjunto como si de un solo derecho se tratase. En su Sentencia de fecha 1 de marzo de 2007, el propio Tribunal Constitucional (desde ahora, TC), recalcó que *“los tres derechos (...) son autónomos, con diferente contenido y finalidad”*<sup>19</sup>.

La LOPHII no establece una separación drástica entre estos tres derechos, ni especifica cual es el contenido de cada uno de ellos, sino que se refiere a ellos en su conjunto, como un derecho único, lo que ha llevado a confusión a algunos tribunales de justicia. Autores como O’CALLAGHAN afirman que se trata de tres derechos diferentes e independientes que no deben ser entendido como un solo derecho *“tricéfalo”*<sup>20</sup>, aunque es cierto que un mismo hecho puede vulnerar, de forma simultánea, varios de ellos. Esto lleva a que el TC haya reiterado en varias ocasiones la idea de que, *“aunque el motivo del recurso de amparo lo constituya exclusivamente la difusión de una imagen del recurrente (...) no quiere decir que una fotografía solamente pueda vulnerar uno de estos derechos fundamentales”*<sup>21</sup>.

Ni la CE ni la LOPHII conceptúan estos derechos ni concretan cuál es su contenido como tal. Ambas normas se limitan a señalar qué acciones son las intromisiones ilegítimas que atentan contra cada uno de estos derechos, como se expondrá a continuación.

### 2.1 El derecho a la propia imagen

Han sido muchos los juristas que han definido el derecho a la propia imagen. Algunos como GITRAMA, entienden que es *“un derecho innato a la persona, que se concreta en la reproducción o representación de la figura de ésta, en forma visible y reconocible”*<sup>22</sup> mientras que otros como RUIZ TOMÁS definen la imagen como algo *“representativo, que se puede concretar como objeto de derecho en la persona física”*<sup>23</sup>. PERLA VELAOCHOAGA lo define como *“la facultad de la persona de gozar, usar y disponer de las representaciones sensibles de su propia imagen con exclusión de los demás”*<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> STC de 1 de marzo 176/2007 (RTC: 2007/176).

<sup>20</sup> O’CALLAGAN MUÑOZ, Xavier, 1996. Personalidad y derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen) del menor, según la Ley de Protección del Menor, *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía La Ley*, nº4, pp. 1247-1251.

<sup>21</sup> STC de 28 de enero 14/2003 (RTC: 2003/14) y STC de 2 de julio 156/2001 (RTC: 2001/156).

<sup>22</sup> GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel, 1962. *Imagen (derecho a la propia)*. Nueva enciclopedia jurídica. Barcelona, tomo nº11, p.326.

<sup>23</sup> RUIZ TOMÁS, Pedro, 1931. Ensayo sobre el derecho a la propia imagen. *Revista general de legislación y jurisprudencia*, p. 46.

<sup>24</sup> PERLA VELAOCHAGA, Ernesto, 1994, *op.cit* p.3.

Por su parte, GIL ANTÓN afirma que no es correcto restringir el concepto de imagen a la mera reproducción de los rasgos faciales de una persona, aunque al hablar del concepto de imagen pensemos de forma instintiva en el rostro<sup>25</sup>. No podemos olvidar que la faz y la figura humana se encuentran íntimamente unidas, y permiten identificar y reconocer de forma clara a una persona, por lo que a la hora de hablar del derecho a la propia imagen debe prevalecer el término “figura”<sup>26</sup>.

Esta idea también fue avalada por el Tribunal Supremo (desde ahora, TS), al afirmar en la STS de 11 de abril de 1987 que “*la imagen es la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa, pero a los efectos que ahora interesan ha de entenderse como la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción*”. La misma Sentencia señala que “*en sentido jurídico, habrá que entender que es la facultad exclusiva del interesado a difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción como derecho de la personalidad*”. Por lo tanto, debemos entender que la imagen no sólo comprende la cara con los rasgos faciales de la persona, sino que comprende también todos aquellos elementos que permitan la identificación del individuo.

Así, la publicación de una imagen de una persona con la cara pixelada no garantiza que se vaya a proteger íntegramente su derecho, ya que en algunos casos existen elementos característicos que permiten su reconocimiento e identificación, tales como cicatrices, tatuajes o incluso, elementos propios de la escena como la mascota que la acompaña. En este sentido se pronuncia la STS de 12 de julio de 2004<sup>27</sup> al afirmar que el concepto de “*personalidad identificable*” es vulnerado mediante la obtención de fotografías sin el consentimiento de la persona representada gráficamente cuando se pueda reconocer a la misma a través de los elementos que la acompañan, a pesar de que su rostro no sea visible.

No se encuentra una definición expresa del derecho a la propia imagen en la CE ni en la LOPHII aunque esta última señala en sus artículo 7.5 que se considerará intromisión ilegítima en este derecho “*la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier procedimiento, de la imagen de una persona en lugares de su vida privada o fuera de ellos*” así como “*la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga*” (artículo 7.6 LOPHII).

Podemos ver que este derecho cuenta con una doble vertiente, como señala LACRUZ BERDEJO: una vertiente positiva, ya que otorga la facultad a la persona de poder reproducir, exponer, publicitar o permitir que terceros difundan o comercialicen su imagen o aspecto físico; y otra vertiente negativa, ya que presenta la posibilidad de que se prohíba a terceros obtener, reproducir o divulgar a través de cualquier medio, la imagen de una persona sin su consentimiento<sup>28</sup>.

Además, en su vertiente positiva, el derecho a la propia imagen designa su titular intereses económicos, lo que le permite “*disponer de su imagen (...) susceptible de poseer un contenido patrimonial*”<sup>29</sup>, o lo que es lo mismo, otorgar “*un derecho patrimonial que puede corresponder a la persona cuya imagen se reproduce en los supuestos en los que esta sea explotada comercialmente*”<sup>30</sup>. Es decir, en la dimensión patrimonial del derecho, la imagen es susceptible mercantilización a través de la cual su titular puede obtener rendimientos o beneficios económicos.

<sup>25</sup> GIL ANTÓN, Ana María, 2013. *El derecho a la propia imagen del menor en Internet*. 1ª Edición, Madrid, Dykinson.

<sup>26</sup> GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel, 1962, *op. cit.*, p.327.

<sup>27</sup> STS de 12 de julio 784/2004 (RJ: 2004/4341).

<sup>28</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luís, 2010. *Elementos de Derecho Civil*, Dykinson, p.83.

<sup>29</sup> STC 231/1998 Caso Paquirri.

<sup>30</sup> STC de 11 de abril 99/1994 (RTC 1994/99).

En conclusión, trata de un derecho que protege los atributos más característicos del individuo como son la imagen física, la voz y el nombre, como cualidades que lo definen y que permiten identificarlo como tal. RODRIGUES DA CUNHA afirma que existen tres características que definen a este derecho: la visibilidad, la reconocibilidad y la individualización<sup>31</sup>, puesto que su protección sólo actuará si la representación visible de la figura humana puede atribuirse a un sujeto en concreto y no otro.

## 2.2 El derecho a la intimidad personal y familiar

El derecho a la intimidad personal y familiar supone la reserva de la esfera más privada de las personas, manteniéndola fuera de intromisiones ajenas. Responde a la idea de que toda persona tiene derecho a que los acontecimientos y vivencias de su vida privada queden protegidas de los curiosos, al resguardo de las miradas y opiniones de terceros<sup>32</sup>.

Se trata de un derecho que se encuentra vinculado de forma inevitable con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, lo cual adquiere una mayor relevancia al referirnos a los menores de edad, ya que su proceso de formación se encuentra especialmente protegido.

Respecto al alcance de la esfera privada que va a proteger el derecho a la intimidad, la doctrina del TC consideró, en un primer momento, que lo que este derecho fundamental protegía era aquello considerado como íntimo, atendiendo al pensamiento social presente en el momento, que daba lugar a un concepto más concreto y limitado, referido en exclusiva a la esfera más personal del titular. Sin embargo, en un momento posterior, el TC amplió el alcance del derecho a la intimidad, extendiéndolo a todo aquello que la persona no quiere compartir con el resto de los individuos. Este cambio de criterio dio sentido al artículo 18.1 CE<sup>33</sup>, haciendo que pudiese garantizar un derecho al secreto, al ser desconocido y a impedir que los demás puedan saber lo que uno hace, lo que permite que cada persona pueda “*reservarse un espacio de curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio*”<sup>34</sup>. Así, el derecho a la intimidad otorga un poder jurídico al individuo que le permite imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer información de su persona o de su familia y prohibiendo su difusión no consentida.

Así, la intimidad se puede conceptualizar como la posibilidad de que cada persona pueda decidir qué información quiere transmitir a los demás, cuándo quiere hacerlo y cómo<sup>35</sup>, es decir, “*la existencia de un ámbito propio y reservado de la persona frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de vida*”<sup>36</sup>. Esto puede llevar a pensar que el derecho a la intimidad se extiende tan sólo a la vida privada del individuo, y no es así, va más allá de eso, ya que su alcance es verdaderamente amplio.

Si bien el derecho a la intimidad permite que sea el propio titular quien decida lo que se incluye en su esfera privada, esto no tiene carácter absoluto, ya que dependerá de cada caso concreto y del comportamiento de la persona. Existen actos que, aun no formando parte de lo íntimo o privado de la vida de una persona, es el propio individuo quien decide darle tal consideración. Además, este

<sup>31</sup> RODRIGUES DA CUNHA E CRUZ, Marco Aurelio, 2009. El concepto constitucional del derecho a la propia imagen en Portugal, España y Brasil. *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, vol. 11, n°22, pp. 17-50.

<sup>32</sup> STC 151/1997 de 29 de septiembre (RTC:1997/151).

<sup>33</sup> Art. 18.1 CE: “*Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*”.

<sup>34</sup> VILLANUEVA TURNES, Alejandro, 2017. El derecho a la intimidad y el consentimiento de los menores de edad. Especial referencia a las redes sociales. *Revista boliviana de derecho: RBD*, n°23, pp. 208-221.

<sup>35</sup> LÓPEZ ORTEGA, Juan José, 2004. Intimidad informática y Derecho Penal: la protección penal de la intimidad frente a nuevas tecnologías de la información y comunicación. *Cuadernos de derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, n°9, p. 111.

<sup>36</sup> STC de 17 de octubre 197/1991 (RTC: 1991/197).

derecho no es absoluto en el sentido de que en algunas ocasiones tendrá que ceder frente a otros intereses que prevalecen frente a él con razón justificada como, por ejemplo, las pruebas de maternidad o de paternidad o los controles fiscales.

Además, con el desarrollo de las nuevas tecnologías, han surgido nuevos datos personales que podrían incluirse dentro del ámbito de protección del derecho a la intimidad. El uso de las redes sociales y las interacciones que efectuamos en ellas generan un tráfico de datos e información que se pueden considerar de carácter íntimo. Dar *like* a una publicación de manera aislada no forma parte estrictamente de nuestra intimidad, pero esto, unido a otra serie de interacciones y el uso de la inteligencia artificial, puede llevar a que terceros conozcan nuestros gustos, preferencias y elecciones, dejando ver una importante parte de nuestra vida personal<sup>37</sup>.

Por su parte, el TC ha querido dar todavía más amplitud al alcance de este derecho afirmando que, en el caso de los menores de edad, este incluye también aspectos de la vida privada de las personas que guarden una estrecha relación, ya sea personal o familiar, con ellos, pero la protección que habrá que brindarles en estos casos será menos intensa que si se tratase de información directa del menor<sup>38</sup>.

### 2.3 El derecho al honor

Se trata del derecho de la personalidad al que menos se hará alusión en el presente trabajo, ya que centraremos nuestra atención en la propia imagen e intimidad, pero al encontrarse los tres derechos estrechamente interrelacionados, considero hacer algunas precisiones sobre el mismo.

El honor es concebido como un bien jurídico cuyo contenido es abstracto e indeterminado. Se encuentra en constante evolución en atención a las leyes, valores y usos sociales que estén vigentes en cada momento<sup>39</sup>.

FLORIT FERNÁNDEZ afirma que el concepto jurídico del “honor” comprende todo lo que tiene que ver con el sentimiento de identidad, la fama, el propio nombre e incluso la existencia y “*puede tener que ver (...) con el valor de la palabra dada, la escrupulosa consideración de nuestra conducta o incluso la más romántica y clásica idea de la honra*”<sup>40</sup>. Por su parte, SÁNCHEZ CALERO define simplemente el honor como un “*autosentimiento*”<sup>41</sup>.

El derecho al honor es consecuencia de la necesidad legal y social de proteger la dignidad de la persona. Establece la tutela jurídica adecuada para la protección del honor y se puede definir haciendo referencia a dos aspectos de su propio contenido. En su aspecto objetivo, se manifiesta como la buena fama o reputación de la persona en relación con su dignidad y el reconocimiento que hacen los demás de ella. Su aspecto subjetivo hace referencia a la estimación que cada persona tiene de sí misma<sup>42</sup>. Separarlo del derecho a la propia imagen y a la intimidad resulta casi imposible por la estrecha ligazón que mantiene con ellos en la práctica, pero podríamos decir que el derecho al honor engloba una categoría de protección más amplia y genérica.

En la doctrina se ha aceptado la definición del derecho a honor establecida por el Tribunal Supremo que “*reitera que el honor se integra por dos aspectos, el de la inmanencia, representado*

<sup>37</sup> HERRERA DE LAS HERAS, Ramón y PAÑOS PÉREZ, Alba, 2022, *op.cit.*, p.3.

<sup>38</sup> STC de 15 julio 134/1999 (RTC:1999/134).

<sup>39</sup> Art. 2.1 LO 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y STC 127/2003 de 30 de junio (RTC:2003/127).

<sup>40</sup> FLORIT FERNÁNDEZ, Carmen, 2022, *op.cit.*, p.6.

<sup>41</sup> SÁNCHEZ – CALERO, Francisco Javier (coord.), 2006. *Curso de Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la Persona*. Tercera Edición, Valencia, Tirant lo Blanch.

<sup>42</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luís, 2010, *op. cit.*, p. 10.

por la estimación que cada persona hace de sí misma, y el de la trascendencia, integrado por el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad”<sup>43</sup>. En su STS 9/2013 de 21 de enero<sup>44</sup> manifiesta que el derecho al honor impide “la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen el descrédito” de una persona.

Por su parte, el Tribunal Constitucional relaciona de forma abstracta el contenido del derecho al honor con preservar la buena reputación de una persona y protegerla de toda aquella expresión que la desmerezca o que afecte a su reputación o buen nombre<sup>45</sup> y en sus sentencias reitera la idea de prohibir que “nadie se refiera a una persona atentando injustificadamente contra su reputación, haciéndola desmerecer de la opinión ajena”<sup>46</sup>.

### 3. Titularidad del derecho a la propia imagen e intimidad del menor de edad

El carácter personal de los derechos a la propia imagen e intimidad del menor de edad hace que se adquieran con el nacimiento de la persona hasta el momento de su fallecimiento<sup>47</sup>.

La titularidad de estos derechos fundamentales presupone que el sujeto ostente personalidad<sup>48</sup>, de la que puede gozar únicamente dentro del periodo temporal establecido entre el nacimiento y el momento de la muerte, durante el cual deberá ser considerado como titular de aquellos.

Así, los menores serán los propios titulares de los derechos de la propia imagen e intimidad desde el momento de nacer, pero es evidente que, por carecer de las medidas de apoyo necesarias para ejercer la capacidad con autonomía suficiente, no podrán ejercitarlos en toda su amplitud durante la minoría de edad<sup>49</sup>.

Los arts. 12 y 39 CE<sup>50</sup> contemplan la minoría de edad como una fase de la vida caracterizada por la insuficiencia generalizada de medios para que la persona pueda proporcionarse a sí misma una protección integra a la hora de ejercitar y disfrutar de sus derechos. Esto hace que legalmente haya sido necesario establecer un mecanismo de “hetero protección” hacia los derechos del menor de edad, suministrado en un primer nivel por los titulares de la patria potestad (los padres) y sus sustitutos (tutores y guardadores), y en un segundo nivel, por el Ministerio Fiscal (desde aquí, MF) y las Entidades Públicas de Protección de menores, que actuarán en defecto o insuficiencia del anterior nivel<sup>51</sup>.

En este sentido, la cuestión más controvertida se ha dado a propósito de la publicación en redes sociales de imágenes de menores fallecidos, lo que ha dado pie a un complejo debate jurídico.

Podríamos pensar que los derechos a la intimidad y propia imagen, en cuanto son personales, se extinguen directamente con la muerte al extinguirse la personalidad del sujeto. Teóricamente así es, pero es necesario tener en cuenta algunas consideraciones. Si bien hemos visto que la muerte implica

<sup>43</sup> STS de 9 de octubre 9/2013 (RJ:2013/926).

<sup>44</sup> STS de 21 de enero 926/2013 (RJ:2013/926).

<sup>45</sup> STC de 30 de junio 127/2003 (RTC:2003/127).

<sup>46</sup> STC de 28 de enero 14/2003 (RTC: 2003/14).

<sup>47</sup> Art. 29 CC: “El nacimiento determina la personalidad”. Art. 32 CC: “La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas”.

<sup>48</sup> Art. 30 CC: “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”.

<sup>49</sup> HERRERA DE LAS HERAS, Ramón y PAÑOS PÉREZ, Alba, 2022, *op. cit.*, p.35.

<sup>50</sup> Art. 12 CE: “Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años.”. Art. 39 CE: “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley (...). 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos (...) durante su minoría de edad y en los casos que legalmente proceda”.

<sup>51</sup> GIL ANTÓN, Ana María, 2013, *op. cit.*, p. 9.

el fin de la personalidad según lo establecido en el art. 32 CC, el legislador ha previsto la tutela *post mortem* de ciertos derechos titularidad del menor más allá del límite temporal de su propia existencia, lo que se traduce en la protección que otorga el concepto de “personalidad pretérita”<sup>52</sup>.

Este concepto prevé la posibilidad de ejercitar acciones legales frente a injerencias en los derechos a la intimidad y propia imagen tras el fallecimiento de la persona y se refleja en normativas como la LOPHII, que establece en su art. 4 tres grupos de sujetos legitimados *ope legis* a efectos del ejercicio de tales acciones de forma subsidiaria: en primer lugar, a aquella persona física o jurídica que el fallecido hubiese designado en su testamento; en segundo lugar, los familiares del fallecido y en tercer lugar, el MF. Según el art. 4.4 LOPJM en el caso de que el fallecido fuese un menor de edad, además de las acciones que sus representantes legales pudiesen ejercitar “*corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio*”, como se expondrá en el siguiente punto de este trabajo.

En cuanto al derecho a la intimidad, el TC estableció en su Sentencia de 2 de diciembre de 1988 que se trata de un derecho cuya protección se mantiene una vez fallecida la persona, y que derivará en el derecho a la intimidad familiar del que serán titulares los parientes más próximos, ya que su “*repercusión moral es también la de sus familiares*”<sup>53</sup>.

Esta protección se verá reforzada en aquellos casos, especialmente los más mediáticos, en los que los que haya que establecer una ponderación entre el derecho a la intimidad familiar del menor fallecido y la libertad de expresión e información. HERRERA DE LAS HERAS y PAÑOS PÉREZ afirman que en estas situaciones la decisión de la familia en cuanto a compartir o no imágenes e información del menor fallecido en redes sociales y medios de comunicación “*debe tener mayor peso que el posible interés público que dicha información pudiese generar*”<sup>54</sup>. Consideran que en este ámbito es necesario una interpretación restrictiva del ejercicio de la libertad de información y expresión respetando siempre la intimidad familiar del menor fallecido, y para su explicación, traen a colación dos casos mediáticos muy diferentes como el de Marta del Castillo y del pequeño Aylan.

El primer caso fue objeto del ejercicio de múltiples acciones frente a intromisiones en el derecho la propia imagen de los menores implicados en el caso. Concretamente, el acceso a los perfiles de la red social *Tuenti* de la fallecida Marta del Castillo y de Francisco García, más conocido como “*El Cuco*”, menores de edad por aquel entonces, hizo que miles de usuarios tuviesen acceso a sus fotografías y estas fuesen utilizadas de forma ilegítima con fines informativos, lo que llevó a que el Fiscal Jefe de Sevilla tuviese que solicitar el cierre definitivo de los perfiles en redes de los menores, concluyendo que se había producido una vulneración general de su derecho de la propia imagen, de la propia víctima y de los investigados en el delito. Sin embargo, fueron los propios padres de la víctima quienes, en el año 2021, en pleno ejercicio del derecho a la intimidad familiar de la fallecida, participan en el documental del crimen emitido por la plataforma Netflix titulado “*Donde está Marta*” en el cual se exhiben múltiples imágenes de la menor para realizar un análisis exhaustivo del caso.

El segundo caso se trata del menor Aylan Kurdi, que en el año 2020 se ahogó con su hermano menor y su madre en el mar Egeo en un intento por escapar de la guerra siria. La imagen del menor ahogado a la orilla del mar se viralizó por redes sociales, pero fue su propio padre quien permitió que esta se difundiese a fin de informar sobre el drama humano que estaba sucediendo en su país a causa de la guerra y evitar así que otras personas llegasen a pasar por el mismo sufrimiento. A la vista de

<sup>52</sup> GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, 2016. La llamada “personalidad pretérita”: Datos personales de las personas fallecidas y protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen. *Revista de Actualidad jurídica iberoamericana*, nº5, pp. 201-238.

<sup>53</sup> STC 231/1998 Caso Paquirri.

<sup>54</sup> HERRERA DE LAS HERAS, Ramón y PAÑOS PÉREZ, Alba, 2022, *op. cit.*, p.40.

los autores anteriormente mencionados “*no cabe pensar opción por la que la Fiscalía entre a valorar siquiera la conveniencia de la publicación en redes de esas imágenes*”<sup>55</sup>.

Volviendo a la protección de los derechos digitales de los fallecidos, la LOPD refleja en su art. 3<sup>56</sup> la posibilidad de que los familiares puedan solicitar al encargado del tratamiento (generalmente una plataforma) el acceso los datos personales del fallecido y en el caso de los menores de edad, estas facultades podrán ser ejercitadas también por sus representantes legales o el MF. Por su parte, el art. 96 LOPD<sup>57</sup> prevé la posibilidad de otorgar un “Testamento Digital” que diseña el régimen específico de protección de contenidos digitales y de los perfiles de los fallecidos autorizando a los herederos, y en el caso de los menores a sus representantes legales, a acceder a sus perfiles en redes sociales y a decidir acerca del uso, destino o supresión de los contenidos y publicaciones que en ellos se encuentran, así como decidir en cuanto al mantenimiento o eliminación de estas páginas personales<sup>58</sup>.

### **3.1 La intervención del Ministerio Fiscal para la defensa de los derechos titularidad del menor**

Como se hizo alusión en el anterior apartado, la protección de los derechos de la personalidad del menor es una cuestión de interés público, y es el Estado el que garantiza el correcto ejercicio de sus derechos constitucionales y la efectividad de sus valores a través de la figura del Ministerio Fiscal, encargada de la salvaguarda de los bienes jurídicos titularidad del menor cuando estos no se encuentran tutelados de forma correcta a través del ejercicio de la patria potestad<sup>59</sup>.

La CE atribuye a la figura del Fiscal importantes funciones a nivel ético al considerarlo como una figura de defensa de la esfera privada del menor de edad. Esta consideración también se refleja en otras normativas tales como la LOPJM que en su art. 4.2 afirma que “*la difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados*”.

La norma general según la Instrucción 2/2006 sobre el Fiscal y la Protección del Derecho al Honor Intimidad y Propia Imagen<sup>60</sup> es que el Fiscal promoverá todas aquellas acciones en defensa de los intereses de los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español con independencia de su nacionalidad. También intercederá en caso de ataques a los derechos personales de aquellos menores declarados en situación de desamparo, de los que son inadecuadamente tratados por sus

<sup>55</sup> HERRERA DE LAS HERAS, Ramón y PAÑOS PÉREZ, Alba, 2022, *op. cit.*, p.40.

<sup>56</sup> Art. 3 LOPD: Datos de las personas fallecidas. 1. “*Las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho así como sus herederos podrán dirigirse al responsable o encargado del tratamiento al objeto de solicitar el acceso a los datos personales de aquella y, en su caso, su rectificación o supresión*”. 3. *En caso de fallecimiento de menores, estas facultades podrán ejercerse también por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada*”.

<sup>57</sup> Art. 96 LOPD: “Derecho al testamento digital”. 1. a) *Las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos podrán dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información al objeto de acceder a dichos contenidos e impartirles las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión*. 2. *Las personas legitimadas en el apartado anterior podrán decidir acerca del mantenimiento o eliminación de los perfiles personales de personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes, a menos que el fallecido hubiera decidido acerca de esta circunstancia, en cuyo caso se estará a sus instrucciones*”.

<sup>58</sup> CÁMARA LAPUENTE, Sergio, 2020. La lesión por medios digitales de la personalidad pretérita del fallecido, *Revista de Derecho Civil*, nº.5, p. 149.

<sup>59</sup> LORENTE LÓPEZ, María Cristina, 2015. *Los derechos al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y Propia imagen del menor*. Primera Edición, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, p.113.

<sup>60</sup> Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores.

progenitores, los que carecen de representantes legales o de los que se encuentran en conflicto de intereses con ellos.

La intervención del MF es subsidiaria frente a la titularidad y consentimiento de los representantes legales del menor siempre que estos se encuentren “*en pleno uso de las facultades inherentes a la patria potestad y la ejerzan con responsabilidad*”. Es decir, la protección que brinda el Fiscal al menor se configura como un “*segundo control o filtro cuando el primer sistema de protección ha fallado*”, esto es, cuando sus progenitores han ejercitado sus derechos en su nombre atentando contra su propio interés. Así, se presume en primera instancia que los progenitores o representantes legales del menor desempeñan con normalidad las facultades inherentes a la patria potestad y que el MF tan sólo intervendría de forma subsidiaria en supuestos excepcionales<sup>61</sup>.

La LOPJM establece en su exposición de motivos que “*la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos*”. Tanto es así que en caso de que se haya incurrido en una intromisión ilegítima en los derechos a la propia imagen, intimidad y honor del menor y este, como titular disponga de ellos *per se*, la actuación del MF se limitará a valorar su grado de madurez y racionalidad para su correcto ejercicio. Después de este examen y sólo si resulta evidente que existe una falta de madurez del menor o ante una especial gravedad del daño producido, el Fiscal podrá presentar la demanda, lo que resalta una vez más, la subsidiariedad de su actuación<sup>62</sup>.

A lo largo de este trabajo se identificarán aquellos supuestos de intromisiones ilegítimas que atenten contra derechos personales del menor, pero como anticipo, debemos tener en cuenta la consideración de SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS<sup>63</sup> que afirma que la hora de defender a un menor en caso de intromisión en el derecho a su intimidad o difusión no consentida de su imagen el MF deberá tener en cuenta los siguientes factores:

- Los intereses personales del menor, en cuanto la intromisión pueda afectar negativamente a su desarrollo, formación psíquica o su imagen pública futura.
- Los intereses patrimoniales del menor, por lo que deberá tener en cuenta el contenido de negocio jurídico proyectado con sus cláusulas y barajar la posibilidad de que el representante legal obtenga beneficio a costa de los intereses del menor.

Como podemos ver, la figura del Fiscal se considera una garantía de protección adicional a los derechos a la propia imagen, honor e intimidad del menor de edad, justificada por “*el plus de antijuricidad (...) de los ataques a estos derechos (...) que (...) pueden perturbar su correcto desarrollo físico y psicológico empañando (...) su derecho al libre desarrollo de la personalidad y futura estima social*”<sup>64</sup>. Su labor estará siempre orientada a defender el principio del interés del menor, pero como RIVERO HERNÁNDEZ<sup>65</sup> aprecia, esta protección debe conferir al menor el *status* de persona autónoma, lo que hace que no sólo deba buscar lo que es mejor para él, sino que debe ayudarle a adquirir autonomía de forma progresiva hasta alcanzar una “*identidad de adulto*” que le habilite para poder ejercer sus derechos y libertades de forma directa y garantista.

<sup>61</sup> LORENTE LÓPEZ, María Cristina, 2015, *op.cit.*, p.113.

<sup>62</sup> LORENTE LÓPEZ, María Cristina, 2015, *op.cit.*, p.114.

<sup>63</sup> SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca, 2011. *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de los menores e incapacitados*. Valencia, Tirant lo Blanch, pp.158-160.

<sup>64</sup> HERRERA DE LAS HERAS, Ramón y PAÑOS PÉREZ, Alba, 2022, *op. cit.*, p.35.

<sup>65</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, 2007. *El interés del menor*. Madrid, Dykinson, p.27.

#### 4. La capacidad del menor y su consentimiento para el acceso y publicación de contenidos en redes sociales

El consentimiento es uno de los elementos clave en torno al que gira la problemática de la privacidad del menor en redes sociales. Se precisa de él para su acceso a las redes y para poder compartir en ellas momentos de su vida íntima plasmados en imágenes y vídeos. Como veremos, en algunas ocasiones será el menor quien podrá prestar su propio consentimiento, mientras que en otras deberá ser prestado por sus representantes legales. Para entender el sentido de la prestación del consentimiento por parte de los menores de edad es necesario realizar previamente diferentes consideraciones en cuanto a su capacidad, ya que su ejercicio se encuentra limitado.

##### 4.1 La capacidad del menor de edad

Durante la minoría de edad las personas tienen restringido el ejercicio de su capacidad jurídica, que irán adquiriendo de forma gradual con el paso del tiempo. Hay que tener en cuenta que, aunque los menores no puedan ejercitar sus derechos por sí mismos en muchas ocasiones, esto no significa que carezcan de ellos, sino que existen ciertos límites que impiden su pleno ejercicio por cuestiones de madurez.

Tradicionalmente se ha establecido en el Derecho civil una clara separación entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. Diferentes autores de la doctrina establecieron, en un principio, la siguiente distinción:

- La capacidad jurídica la ostentan todas las personas por el mero hecho de serlo y comprende la aptitud natural para ser titular de derechos y deberes jurídicos. Por ende, el menor de edad como cualquier otra persona, posee capacidad jurídica ya que *“es un atributo o cualidad esencial de ella, reflejo de su dignidad”*<sup>66</sup> y del propio desarrollo de la personalidad.

- La capacidad de obrar hace referencia a la aptitud conferida por el Derecho para poder ejercitar esos derechos y obligaciones dando lugar a actos jurídicos eficaces<sup>67</sup>. Se trata de una cualidad jurídica que viene determinada por el estado civil<sup>68</sup> que ostente la persona y no tanto por su aptitud natural y *“no corresponde a toda persona, ni es igual para todas, sino que tiene una serie de grados (...) que tienen íntima relación con la edad, la incapacitación, la nacionalidad y la vecindad civil”*<sup>69</sup>.

Es cierto que, por motivos de igualdad y dignidad, esta tradicional distinción se ha suprimido para las personas adultas con normativas como la derivada de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del año 2006<sup>70</sup> y la Ley 8/2021 de 2 de junio<sup>71</sup> que introducen la capacidad obrar dentro de la capacidad jurídica, refundiendo ambas y dando lugar a un único concepto de “capacidad jurídica” que incluye tanto la titularidad como la posibilidad de ejercicio de los derechos, lo que sin duda ha generado controversias en la doctrina.

Sin embargo, en el caso de los menores de edad todavía existen limitaciones en ejercicio de su capacidad jurídica. El art. 322 CC refleja estas limitaciones al afirmar que *“el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en este Código”* reconociendo

<sup>66</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, 2012. *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Tecnos, vol. I, duodécima edición, p.202.

<sup>67</sup> ALBALADEJO, Manuel, 2007. *Compendio de Derecho Civil*, Bosch.

<sup>68</sup> El CC configura los diferentes estados civiles de la persona, a saber: la nacionalidad, la vecindad, el matrimonio, la incapacitación y el que nos interesa en este ámbito de estudio, la edad.

<sup>69</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, 2008. *Compendio de Derecho Civil*, Dijusa, tomo I, p. 266.

<sup>70</sup> Aprobada el 13 de diciembre de 2006 mediante la Resolución 61/106 de las Naciones Unidas, ratificada por España y publicada en BOE nº96, de 21 de abril de 2008.

<sup>71</sup> Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

expresamente al menor un campo de actuación limitado que se irá ampliando de forma gradual según vaya cumpliendo años. También el art. LOPJM se pronuncia en este sentido estableciendo en su art. 2 que *“las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva, y en todo caso, siempre en interés superior del menor”*. Esto ha dado lugar al desarrollo del concepto de capacidad de obrar evolutiva o progresiva<sup>72</sup>, que entiende que la capacidad de obrar del menor como *“la aptitud de entender y querer”*<sup>73</sup>, facultad que se desarrollará con el proceso de maduración del menor fruto del transcurso de tiempo.

En base a todo lo anterior podemos concluir que, si bien existe una nueva configuración del concepto de la capacidad jurídica para las personas adultas, en cierto sentido podríamos seguir hablando de la existencia de una cierta “capacidad de obrar” respecto a los menores, aunque teniendo en cuenta la nueva configuración legal del concepto, lo correcto sería referirnos a esta como la *“capacidad de actuar jurídicamente”* del menor de edad<sup>74</sup>. Así, podemos ver como la propia legislación prevé una adquisición gradual de esta capacidad jurídica del menor que dependerá de diversas circunstancias y que tendrá una importante repercusión para prestación del consentimiento de forma válida en el ámbito de las redes sociales.

#### 4.2 La validez del consentimiento prestado por el menor de edad

Una vez analizada la titularidad de los derechos de la propia imagen, honor e intimidad y realizadas distintas apreciaciones sobre la capacidad del menor de edad, es preciso que nos refiramos ahora a la prestación del consentimiento.

DIEZ-PICAZO y GULLÓN definen el consentimiento como *“una voluntad libre y convenientemente manifestada, que puede tener como finalidad simplemente justificar la intromisión o que puede formar parte de un negocio jurídico de carácter oneroso, cuyo objeto sea concretamente la autorización”*<sup>75</sup>.

En la legislación que protege estos derechos no encontraremos ningún precepto que establezca expresamente la edad a la que los menores pueden prestar consentimiento válido, sino que fía esta cuestión su grado de madurez<sup>76</sup>. En concreto, el art. 3 LOPHII establece que *“el consentimiento de los menores (...) deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil”*, estableciendo una remisión al Código Civil. Sin embargo, el CC no establece un precepto específico que determine cuando debe considerarse a un menor maduro, lo que sin duda genera una complejidad para determinar si el menor ostenta la madurez suficiente para prestar consentimiento en cada caso concreto. Así, MACÍAS CASTILLO advierte que uno de los mayores problemas técnicos relativos a los menores de edad *“reside en la extrema dificultad para graduar su capacidad para realizar actos por sí mismo (...) ya que las Leyes (...) no parecen concretar en qué se diferencian a estos efectos un niño de tres años de un joven de diecisiete años”*<sup>77</sup>. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO arroja algo de luz a esta compleja cuestión al establecer que *“para que pueda hablarse de (...) suficiente madurez del menor (...) deberá valorarse el normal*

<sup>72</sup> DE PALMA DEL TESO, Ángeles, 2006. *Administraciones públicas y protección de la infancia: en especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, Estudios y documentos, Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, p.94.

<sup>73</sup> LORENTE LÓPEZ, María Cristina, 2015, *op.cit.*, p.29.

<sup>74</sup> HERRERA DE LAS HERAS, Ramón y PAÑOS PÉREZ, Alba, 2022, *op. cit.*, p.51.

<sup>75</sup> DÍEZ-PICAZO, Luís y GULLÓN, Antonio, 2012, *op. cit.*, p. 348.

<sup>76</sup> HERRERA DE LAS HERAS, Ramón y PAÑOS PÉREZ, Alba, 2022, *op. cit.*, p.53.

<sup>77</sup> MACÍAS CASTILLO, Agustín, 2008. El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen, *Diario La ley*, Madrid, nº 6913, pp.5-9.

*desarrollo físico, psíquico y moral, y de su propia madurez de juicio (...) que no se adquiere en un instante, sino de forma progresiva y vinculada al desarrollo y capacidad crítica de cada uno*”<sup>78</sup>.

Sin embargo, legislador ha entendido que la madurez necesaria ligada a la capacidad del menor, que dará lugar a la prestación del válido consentimiento, se presumirá adquirida a los 14 años y así lo establece en el art. 7 LOPD al afirmar que *“el tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en el consentimiento cuando sea mayor de catorce años”*. La mayor parte de la doctrina<sup>79</sup> se decanta por esta opción para presumir cuándo un menor presta consentimiento de forma válida, ya que establecer un criterio objetivo como la edad, ofrece una mayor seguridad jurídica a la hora de interpretar y aplicar la norma<sup>80</sup>.

Se trata de una presunción que evidentemente puede ser desvirtuada, ya que cumplir los 14 años no supone la adquisición automática de ese grado de madurez. Habrá niños que la alcancen antes y otros después, por lo que presumir este nivel de desarrollo *“no garantiza su adecuación a todos los supuestos concretos”*<sup>81</sup>. Partimos entonces de la idea de que esta autonomía que se le concede al menor no es total, puesto que no implica una capacidad plena de actuación jurídica, sino que le otorga una autonomía limitada en función de su especial vulnerabilidad<sup>82</sup>.

Así, en el caso de que el menor no ostentase las condiciones de madurez necesarias para prestar su consentimiento de forma válida, este deberá ser otorgado por sus representantes legales por escrito, quienes previamente lo habrían puesto este “consentimiento proyectado” en conocimiento del MF. El Fiscal cuenta con el plazo de ocho días para oponerse en base al interés superior del menor, y en caso de hacerlo, deberá resolver el Juez (art. 3 LOPHII)<sup>83</sup>. Evidentemente nadie puede llegar a imaginar que unos padres, con la intención de subir una imagen a redes de su hijo menor de edad, pongan en conocimiento previo del MF su consentimiento y esperen más de una semana para saber si este se opone o no. Sin embargo, esta norma surge de la necesidad de establecer un procedimiento legal por el que los progenitores deban solicitar una autorización al MF de su hijo carente de madurez suficiente para prestar consentimiento válido, sobre todo en los casos en los que estos obtendrían un beneficio económico por la publicación de la imagen de su hijo en redes sociales<sup>84</sup> de configuración pública.

<sup>78</sup> MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luís, 2010. *El Principio de Libre Desarrollo de la Personalidad en el Ámbito Privado*, Navarra, Thomson Reuters, pp. 146-147.

<sup>79</sup> BATUECAS CALETRÍO, Alfredo, 2015. Intimidación personal, protección de datos personales y geolocalización, *Derecho Privado y Constitución*, nº29, p.68.

<sup>80</sup> CASTILLA BAREA, Margarita, 2011. *Las intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen. Estudio de las circunstancias que legitiman la intromisión en la LO 1/1982 de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho a Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, p.118.

<sup>81</sup> GARCÍA GARNICA, María del Carmen, 2010. *Curso de Protección jurídica del menor*, Universidad de Granada, departamento de Derecho Civil. Disponible en: <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/4393/CURSO%20PROTECCION%20DEL%20MENOR.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [consulta: 15 noviembre 2023].

<sup>82</sup> PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup>. Ángeles, 2015. *La voluntad y el interés de las personas vulnerables*, Madrid, Editorial Jurídica Ramón Areces, p.95.

<sup>83</sup> Art. 3 LOPHII: 1. *“El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. 2. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez”*.

<sup>84</sup> HERRERA DE LAS HERAS, Ramón y PAÑOS PÉREZ, Alba, 2022, *op. cit.*, p.54.

Para el caso de que el menor sí ostente el grado de madurez suficiente, TORAL LARA<sup>85</sup> aborda los requisitos que además debe reunir este consentimiento prestado para poder legitimar una eventual injerencia en sus derechos garantizados por el art. 18 CE, que de otro modo sería calificada como ilegítima:

- a) Debe ser expreso. Así lo indica el art. 2.2 LOPHII<sup>86</sup> que exige esta condición para que el consentimiento prestado pueda legitimar una intromisión que de otro modo sería considerada como ilegítima. Se trata de una imposición de ley que invalida aquellas renunciaciones o autorizaciones no prestadas expresamente por el titular del derecho. Por su parte, el art. 6.1 LOPD<sup>87</sup> exige que el consentimiento al tratamiento de los datos personales sea inequívoco y que se manifieste a través de una “*clara acción afirmativa*”. La jurisprudencia entiende que, además, este consentimiento debe ser inequívoco, no ambiguo ni dudoso<sup>88</sup>.
- b) Ha de ser específico. El consentimiento llegará hasta donde se ha prestado, y no puede ir más allá de ahí, ya que su extensión se encuentra limitada por la voluntad de aquel que lo emite. Comprende única y exclusivamente manifestado de forma expresa por su emisor, lo que hace que no pueda existir un consentimiento generalizado que permitan disponer de imágenes variadas a conveniencia de terceros, sino que este debe referirse a cada acto concreto de intromisión. Que se preste consentimiento para tomar una fotografía de uno mismo no implica que esta se pueda subir de forma directa a las redes sociales, ya que la regla general es que la captación y la difusión de una imagen son dos conductas distintas que deben ser autorizadas independientemente. Existe así la necesidad de emitir un doble consentimiento: para la captación y para la difusión de la imagen<sup>89</sup>. Además, esta autorización emitida para una concreta imagen no se extiende a otras fotografías, ni tampoco el permiso otorgado a un destinatario se amplía a otros. Es decir, es un consentimiento que se presta en un momento determinado con un fin concreto, por lo que verdaderamente está autorizando el titular es ser observado por terceros en el lugar y en el contexto que él ha elegido (en este caso, una plataforma digital) y no más. Además, el consentimiento que expresa un usuario al subir una imagen a sus redes sociales no implica que autorice un consentimiento para que esa imagen se publique en otras plataformas.
- c) No puede ser indefinido en el tiempo. El consentimiento debe interpretarse restrictivamente, de forma que su prestación deba ser limitada en el tiempo<sup>90</sup>. Si ningún criterio respecto a la duración se establece, el consentimiento tendrá vigencia durante un tiempo razonable, siempre que no se hayan modificado las condiciones iniciales en las que este se prestó<sup>91</sup>. Hay que tener en cuenta también que este consentimiento es revocable, ya que está referido a un derecho fundamental.

Una vez aceptado que el grado de madurez del menor es una cuestión determinante para que pueda ejercitar sus derechos personales por sí mismo y conociendo los requisitos para que su

<sup>85</sup> TORAL LARA, Estrella, 2020. Menores y redes sociales: consentimiento, protección y autonomía. *Revista Derecho Privado y Constitución*, nº36, pp.179-218. Disponible en: <file:///C:/Users/USER/Downloads/Dialnet-MenoresYRedesSociales-7514309.pdf> [consulta: 17 noviembre 2023].

<sup>86</sup> Art. 2.2 LOPHII: “No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso”.

<sup>87</sup> Art. 6 LOPD. Tratamiento basado en el consentimiento del afectado. 1. “(...) se entiende por consentimiento del afectado toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que este acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen”.

<sup>88</sup> STS 266/2016 de 21 de abril (ROJ: STS 1779/2016) y STS 746/2016 de 21 de junio (ROJ: STS 5527/2016).

<sup>89</sup> MARTÍNEZ OTERO, Juan María, 2016. Derechos fundamentales y publicación de imágenes ajenas en las redes sociales sin consentimiento. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 106, 119-148.

<sup>90</sup> ROVIRA-SUEIRO, María Esther, 2000. *El derecho a la propia imagen, especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito*. Colección de Estudios de Responsabilidad Civil, Granada, Editorial Comares.

<sup>91</sup> Auto TS de 23 de noviembre de 1999 (ROJ: ATS 1422/1999).

consentimiento sea considerado como plenamente válido, procederemos ahora a distinguir entre la prestación del consentimiento para el acceso y para la publicación de contenidos en redes sociales.

#### 4.2.1 Consentimiento para el acceso a las redes sociales

Para que un menor de edad pueda acceder a la red social que desee y crear un perfil personal en ella, tan solo debe tener en sus manos un dispositivo móvil o un ordenador con acceso a internet, ya que actualmente es muy sencillo abrirse una cuenta sin apenas requisitos y cuando los hay, son fácilmente esquivables.

La mayoría de las plataformas exigen al usuario que complete un pequeño formulario indicando sus datos personales básicos, como el nombre completo, fecha de nacimiento y dirección de correo electrónico asociada, pero no existe un método fiable alguno por el que estas redes puedan verificar la edad real del usuario<sup>92</sup>. Además, burlar este simple control es tan fácil como facilitar una fecha de nacimiento falsa.

El art. 7 de la LOPD<sup>93</sup> establece dos opciones para que un menor pueda acceder a las redes sociales y crear un perfil en ellas. Por un lado, que el menor sea mayor de 14 años y que sea él mismo quien se registre en la aplicación; por otro lado, que siendo menor de 14 años sean sus responsables legales quienes le creen su perfil en las redes. Fuera de estos dos casos, los perfiles creados carecerían de la validez necesaria para existir legalmente.

Si bien es cierto que según este precepto los menores no tendrían acceso legal a las redes hasta que cumplan los 14 años, su efectividad en la práctica carece de sentido, ya que no existe una cooperación por parte de las plataformas para instaurar mecanismos que permitan cumplir esta normativa. Como afirma TORAL LARA *“de nada sirve el establecimiento de una edad de consentimiento digital si no se realizan esfuerzos y se adoptan medidas dirigidas a la comprobación de cierta edad”*<sup>94</sup>.

Esta situación hace que, por ejemplo, casi un 50% de los menores de edad entre 12 y 14 años sean usuarios de Instagram<sup>95</sup>. El problema no es sólo que estos menores tengan un perfil en redes y compartan sus propias fotografías, sino que con su uso están dispuestos a compartir información más confidencial y peligrosa, como su ubicación en tiempo real.

Además, en la mayoría de los casos, cuando estos menores aceptan la creación del perfil no leen las políticas de privacidad de la plataforma por su compleja y farragosa redacción, que se acepta de forma rápida sin tomar consciencia a qué se está accediendo. Esto da lugar a que el consentimiento prestado se considere insuficiente para la protección de los datos personales del menor, pues verdaderamente, no es un consentimiento informado<sup>96</sup> ya que no se está suministrando información relevante sobre los términos de uso de la aplicación de forma comprensible y concreta.

Muchos menores tampoco son conscientes de que la apertura de una cuenta en una red social supone *“formalizar un contrato relativo a bienes y servicios de la vida corriente en el que los*

<sup>92</sup> HERRERA DE LAS HERAS, Ramón y PAÑOS PÉREZ, Alba, 2022, *op. cit.*, p.58.

<sup>93</sup> Art. 7 LOPD. Consentimiento de los menores de edad. 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 (...).*

<sup>94</sup> TORAL LARA, Estrella, 2020, *op. cit.*, p. 205.

<sup>95</sup> QUSTODIO, 2019. Informe año 2019: *Menores e Internet, la asignatura pendiente de los padres españoles.*

<sup>96</sup> GIL GONZÁLEZ, Elena, 2017. Big Data y datos personales: ¿es el consentimiento la mejor manera de proteger nuestros datos?, *Diario La Ley*, nº 9050, pp. 1-13.

*contenidos o servicios digitales se suministran a cambio de sus datos personales*<sup>97</sup> y que toda la gestión de la información que pueden publicar en ellas implica tratamiento de datos personales, que podría afectar a su derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen. Como dice la propia red social Instagram *“no reclamamos la propiedad de tu contenido, pero nos otorgas una licencia para usarlo”*<sup>98</sup>. Lo que hay que tener en cuenta es que *“un menor puede saber que sus imágenes pueden ser accesibles a terceros, pero no asume hasta donde pueden llegar los mismos o la intencionalidad más o menos dudosa de los terceros que acceden”*<sup>99</sup>.

Aunque la LOPD establece los 14 años como la edad a la que el menor puede prestar válidamente su consentimiento presumiendo su madurez, algunas de las redes sociales de actualidad no cumplen con la legislación vigente según lo establecido en sus condiciones de uso, por ejemplo:

- *Instagram*<sup>100</sup>. La norma general de esta plataforma establece que se *“exige tener al menos 13 años para crear una cuenta”* pero teniendo en cuenta que *“en algunas regiones como (...) España, tienen diferentes requisitos de edad”*. Así, en su última actualización del 24 de agosto de 2023 ya establece en sus condiciones de uso que *“si quieres formar parte de la comunidad (...) es necesario que aceptes algunas restricciones: debes tener al menos 14 años”* adaptándose a la normativa española vigente. La aplicación también permite denunciar la cuenta de un menor de 13 años (en el caso de España serían 14) al afirmar que *“las cuentas que representen a un menor de esta edad deben indicar claramente en la biografía que su padre, su madre o su tutor se encargan de administrarla”*. Además, indica pasos para enseñar al menor de 14 años a eliminar su cuenta si esta no está administrada por sus representantes legales. También aporta un formulario para denunciar una cuenta que pertenezca a un menor de 14 años o para aquellos padres que creen que alguien está suplantando la identidad de su hijo o hija y afirma que *“eliminaremos la cuenta si no podemos verificar que la cuenta la administra alguien mayor de 14 años”*.
- *Tiktok*<sup>101</sup>. Esta red social de origen chino incumple con la normativa española al establecer en sus términos de servicio, apartado *“e) Límite de edad”* que *“los servicios únicamente son para personas que tengan 13 años de edad en adelante”*, y añade que *“al utilizar los servicios, confirma que tiene más de la edad correspondiente indicada en el presente. Si sabemos que alguien menor a la edad correspondiente que se indica anteriormente utiliza los servicios, cerraremos la cuenta de dicho usuario”*.
- *Facebook*<sup>102</sup>. La plataforma indica en sus términos de uso que *“no puedes usar Facebook en los siguientes casos: si eres menor de 13 años (o la edad mínima legal en tu territorio)”*. De esta condición se entiende que la edad mínima para el acceso a esta red social se establece generalmente en los 13 años, pero si resulta de aplicación *“la edad mínima legal”* en territorio español, debería estipularse en los 14 años.

<sup>97</sup> Directiva UE 770/2019, de 20 de mayo, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios sociales.

<sup>98</sup> Condiciones de uso de Instagram, disponibles en: [https://help.instagram.com/581066165581870/?locale=es\\_ES](https://help.instagram.com/581066165581870/?locale=es_ES) [consulta: 20 noviembre 2023].

<sup>99</sup> MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto, 2019. Factores de habilitación o limitación del ejercicio de los derechos del menor a la intimidad, honor y propia imagen: el grado de madurez y el interés superior del menor de 14 o más años. *La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica Sobre Familia y Menores*, nº 23, pp.1-14.

<sup>100</sup> Condiciones de uso de Instagram, disponibles en: [https://help.instagram.com/581066165581870/?locale=es\\_ES](https://help.instagram.com/581066165581870/?locale=es_ES) [consulta: 20 noviembre 2023].

<sup>101</sup> Condiciones de uso de Tiktok, disponibles en: <https://www.tiktok.com/legal/page/row/terms-of-service/es> [consulta: 20 noviembre 2023].

<sup>102</sup> Condiciones de uso de Facebook, disponibles en: <https://www.facebook.com/legal/terms> [consulta: 20 noviembre 2023].

A pesar de estas advertencias, ninguna de estas aplicaciones tiene un sistema de verificación de la edad aportada por los usuarios que sea eficaz, lo que una vez más, da lugar a la existencia de perfiles creados por menores que no cumplen la edad legal mínima.

Conscientes de esta problemática, algunos autores han propuesto ideas para mejorar los sistemas de electrónicos de comprobación de edad y control parental. Valoran la posibilidad de que estas plataformas requiriesen una copia del DNI del usuario, para comprobar la edad de quien realiza el registro<sup>103</sup>; también la posibilidad de que cumplimentar una autodeclaración de edad, tratamiento de datos y uso responsable de la *app*; uso de tarjetas de identidad electrónicas (*eID*) o realizar un análisis semántico para verificar el grado de desarrollo de la persona, así como el uso de la biometría a través de una imagen o vídeo real del menor<sup>104</sup>. Sería más sencillo solicitar la firma electrónica del menor para su identificación, pero el art. 1.4.2 del RD 1553/2005 de 23 de diciembre<sup>105</sup> suprime la utilidad de esta firma electrónica de documentos en caso de menores, aunque sí permite su identificación electrónica a través de certificado digital. En cuanto al control parental, estas aplicaciones suelen remitir correos electrónicos a los progenitores de los menores solicitando su verificación y autorización pertinente cuando el menor quiere registrarse, pero debería evolucionarse a la exigencia de su firma electrónica de sus padres para una mayor seguridad<sup>106</sup>.

#### 4.2.2 Consentimiento para la publicación en redes sociales

Que un menor de edad cuente con un perfil personal en una red social, bien porque es mayor de 14 años o bien porque es menor y sus representantes legales le hayan autorizado, no le exime de los riesgos que entrañan la publicación de imágenes y vídeos en ellas, ya que como hemos visto, estas no cuentan con medios eficaces para evitar su acceso ni su uso indebido.

Una vez que cualquier persona introduce sus datos personales y crea su cuenta en cualquier plataforma acepta y asume automáticamente las condiciones de uso establecidas, y ya sea un menor o mayor de 14 años, será tratado como cualquier otro usuario, en condiciones de adulto.

Muchos de los menores tienen cuentas en redes sociales sin que incluso sus progenitores lo sepan o a través de cuentas falsas, y realizan en ellas actividades asociadas a prácticas de riesgo<sup>107</sup> como, por ejemplo, compartir imágenes controvertidas o de contenido sexual y sus localizaciones, ya que los límites a la publicación de contenidos son muy genéricos, los límites son fácilmente esquivables y el procedimiento de eliminación de las publicaciones son muy lentos.

<sup>103</sup> NAVARRO ORTEGA, Asensio y DURÁN RUIZ, Francisco Javier, 2018. La protección jurídico-administrativa del menor y frente al menor en redes sociales y servicios de mensajería instantánea. *Desafíos de la protección de menores en la sociedad digital: Internet, redes sociales y comunicación*, F. J. Durán Ruiz (dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 341-383.

<sup>104</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Rodrigo, 2013. Menores y redes sociales. Condiciones para el cumplimiento del art. 13 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, *Derecho y Redes sociales*, R. Rallo Lombarte y A. Martínez Martínez (eds.). Navarra, Editorial Civitas, pp. 203-230.

<sup>105</sup> Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica. Art. 1: Naturaleza y funciones. 4. 2. “*En el caso de los españoles menores de edad (...) el documento nacional de identidad contendrá, únicamente, la utilidad de la identificación electrónica, emitiéndose con el respectivo certificado de autenticación activado*”.

<sup>106</sup> TORAL LARA, Estrella, 2020, *op. cit.*, p. 206.

<sup>107</sup> HERNÁNDEZ SERRANO, María José; RENÉS-ARELLANO, Paula; CAMPOS ORTUÑO, Rosalynn y GONZÁLEZ LARREA, Belén (2021). Privacidad en redes sociales: análisis de los riesgos de auto-representación digital de adolescentes españoles, *Revista Latina de Comunicación Social*, n°79. Disponible en: [https://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/12874/PDF\\_Espa%C3%B1ol.pdf?sequence=2](https://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/12874/PDF_Espa%C3%B1ol.pdf?sequence=2) [consulta: 22 de noviembre 2023].

Basta con leer las condiciones de uso de una plataforma como Instagram<sup>108</sup> en su apartado “*Compromisos que asumes*” para darse cuenta de que las limitaciones a la publicación de imágenes y acciones en línea que el usuario puede realizar son poco específicas, como “*no realices actividades ilícitas, engañosas o fraudulentas, ni que tengan fines ilegales o no autorizados*” ni tampoco “*puedes publicar información privada o confidencial de otra persona sin su permiso ni realizar acciones que vulneren los derechos de terceros*”. En resumen: “*cumple la ley*”.

También se especifica que la plataforma podrá “*suprimir o restringir cualquier contenido o información que compartas en el Servicio si consideramos que infringe estas Condiciones de uso o nuestras políticas (que incluyen nuestras Normas comunitarias de Instagram), o si la legislación así nos lo exige*”. Si entramos en estas *normas comunitarias* se despliega una lista con contenidos que, de llegar a publicarse, atentaría contra la seguridad general y buen uso de la plataforma (por ejemplo, en relación con las drogas, discriminación por raza y sexo o actos de terrorismo) y en cuanto a las publicaciones de menores tan solo afirma que “*a las personas les gusta compartir fotos o vídeos de sus hijos. Sin embargo, por razones de seguridad, es posible que en determinadas ocasiones retiremos imágenes que muestren niños total o parcialmente desnudos*”, lo que deja un amplio margen a que se puedan subir igualmente imágenes controvertidas de menores, aunque estos no aparezcan desnudos. Se trata de unas condiciones amplias y poco concretas, que dejan un gran margen de actuación al usuario dentro de la plataforma.

Conscientes de que, de la forma que sea, hay menores que hacen uso de Instagram, la plataforma ha incluido la posibilidad de implantar en sus cuentas la función de *control parental*. Se trata de un conjunto de herramientas de supervisión de la cuenta del menor que permite a los progenitores controlarla directamente y así poder conocer cuando accede a su perfil, cuanto tiempo pasa usando la *app*, las cuentas a las que sigue y las que siguen al menor, configurar la privacidad del perfil de su hijo, restringir el tipo de contenido que puede ver, quien puede hablar con el menor, etc. Se trata de una función opcional y sólo podrá instalarse si hay acuerdo entre ambas partes para utilizarla. Cualquiera de las dos partes puede eliminarla cuando desee.

Sobre el tema del control parental existen opiniones contrapuestas en la doctrina. Algunos autores afirman que “*se observan dudas respecto de la posibilidad de acceso de los padres o representantes legales a las cuentas de los hijos menores, incluso concebida como una posibilidad remota, de aplicación excepcional e interpretación restrictiva*”<sup>109</sup> ya que puede dar lugar a una grave intromisión en la privacidad del menor y derivar en una “*monitorización*”<sup>110</sup> de su vida personal. Consideran que instalar este tipo de funciones de supervisión están suscribiendo un contrato con la plataforma que les permite “*indagar en la esfera personal del hijo y que puede llegar a afectar a otros derechos del mismo, más allá de sus datos personales*”<sup>111</sup>. Por el contrario, otros autores de la doctrina se posicionan a favor del control parental entendiendo que la vigilancia digital de la actividad de los menores “*es lícita como medida preventiva, sea cual sea la edad del menor*”<sup>112</sup>.

En conclusión, que el art. 7 LOPD establezca los 14 años como la edad legal para que el menor pueda acceder a las redes sociales no implica que en ellas puedan disponer y publicar libremente contenidos que lleguen a vulnerar su intimidad. Sin embargo, hemos visto que la realidad es otra, ya

<sup>108</sup> Condiciones de uso de Instagram, disponibles en: [https://help.instagram.com/581066165581870/?locale=es\\_ES](https://help.instagram.com/581066165581870/?locale=es_ES) [consulta: 20 noviembre 2023]

<sup>109</sup> MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto, 2019, *op. cit.*, pp. 11-12.

<sup>110</sup> BASTANTE GRANELL, Víctor, 2021. *Patria potestad, hijos y teléfonos móviles. Control y mediación paternal*, Aranzadi, pp. 161-165.

<sup>111</sup> HERRERA DE LAS HERAS, Ramón y PAÑOS PÉREZ, Alba, 2022, *op. cit.*, p.74.

<sup>112</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, 2018. Los menores de edad en los entornos digitales: las funciones de los padres y los tutores, *Derechos fundamentales de los menores: desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia*, J. SOLE RESINA y VINICIUS ALMADA, M. (coords.), Dykinson, p.284.

que estas plataformas no cuentan con medios eficaces para poder proteger a los menores de correr riesgos en ellas una vez que se consienten y asumen sus condiciones para la publicación de contenidos.

#### 4.2.3 Revocación del consentimiento

La mayor parte de la doctrina considera que el consentimiento prestado en cuanto al derecho a la propia imagen es revocable. Así se establece de forma expresa en el art. 2.3 de la LOPHII al señalar que ese consentimiento “*será revocable en cualquier momento*”, debiendo proceder así a la indemnización, en su caso, de los daños y perjuicios causados.

Afirma FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL que “*el carácter (...) revocable del consentimiento obedece a la propia naturaleza del derecho a la imagen, (...) derecho de la personalidad elevado por la CE al rango de fundamental (...) que debe permitir que en todo caso el sujeto pueda, si quiere, evitar que su imagen sea publicada o difundida, por más que hubiera consentido para ello*”<sup>113</sup>. En esa línea se pronuncia también ya mencionada STS de 21 de abril de 2016<sup>114</sup> al establecer que “*el consentimiento al que se refiere el art. 2.2 de la LO 1/1982 tiene la consideración de causa de justificación y, en fin, (...) puede ser revocado*”.

Sin embargo, un pequeño sector de la doctrina considera que este consentimiento prestado solo podrá ser revocado en circunstancias excepcionales. Para GITRAMA, esta revocación solo procederá en aquellos casos en los que el consentimiento haya sido prestado a través de “*la mera tolerancia*” o “*de forma resignada*”. Pero no procederá, por ejemplo, cuando exista un contrato de cesión de derechos de imagen ya que, en estos casos, considera que el concesionario tiene derecho a explotar un derecho subjetivo y a pesar de que su titular quisiera revocarlo, podrá seguir ejercitándolo en los términos convenidos en el contrato<sup>115</sup>.

Si seguimos la postura doctrinal más común, que considera que el consentimiento sí es revocable, los menores, una vez alcanzada la mayoría de edad, podrán revocar su consentimiento y entablar acciones judiciales contra sus representantes legales al ceder sus derechos a la imagen a terceros que vulneren sus intereses, reclamando así una indemnización en base a que “*el consentimiento podrá ser revocado porque el derecho de la personalidad prevalece sobre otros que la cesión contractual haya creado*”<sup>116</sup>.

Esta cuestión la analizaremos en el último punto de este trabajo relativo a la responsabilidad civil.

También veremos que el consentimiento es revocable entre progenitores, normalmente cuando se encuentran en situación de separación o divorcio, en el sentido de que cualquiera de ellos puede revocar el consentimiento prestado en cuanto a la publicación de una imagen de su hijo menor de edad en internet.

<sup>113</sup> FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M<sup>a</sup>. Ángeles, 2004. Derecho a la propia imagen del menor. *Revista de Actualidad Civil*, n<sup>o</sup>7.

<sup>114</sup> STS de 21 de abril 266/2016 (RJ:2016/2094).

<sup>115</sup> GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel, 1990. El derecho a la propia imagen, hoy. *Homenaje a Vallet de Goytisolo*, vol. VI, Madrid, pp. 219 y 220.

<sup>116</sup> STC 117/1994 de 25 de abril (RTC:1994/117).

### III. INTROMISIONES ILEGÍTIMAS Y VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS A LA PROPIA IMAGEN E INTIMIDAD DEL MENOR DE EDAD

El art. 7 de la LOPHII<sup>117</sup> establece las ocho intromisiones consideradas ilegítimas en los derechos de la personalidad. Sólo tres de ellas podrán afectar a los derechos de la propia imagen e intimidad de los menores de edad en redes sociales, correspondiendo a estas a los números 3, 5 y 6 del mencionado artículo.

La primera de ellas, establecida en el apartado tercero del art. 7 LOPHII, hace referencia a la *“divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo”*. La segunda, propia del apartado quinto, identifica como intromisión ilegítima *“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”*. La última de las intromisiones ilegítimas se encuentra en el apartado sexto, y hace referencia a *“la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”*.

Como señalamos anteriormente, tendrá lugar una intromisión ilegítima cuando el menor preste su consentimiento para publicar una imagen suya, pero careza de la madurez suficiente para que este sea considerado válido o, por el contrario, cuando ostente suficiente grado de madurez y preste consentimiento, pero este no legitime la intromisión por ir en contra de su propio interés superior.

Por otra parte, también existen causas de exclusión de estas intromisiones ilegítimas, establecidas en el art. 8 LOPHII<sup>118</sup>. Estas son el consentimiento (prestado de forma válida por el propio afectado

---

<sup>117</sup> Art. 7 LOPHII: *Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley:*

1. *El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.*
2. *La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.*
3. *La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.*
4. *La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.*
5. *La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos.*
6. *La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.*
7. *La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.*
8. *La utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho económico, o la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos, cuando ello suponga el menoscabo de la dignidad de las víctimas.*

<sup>118</sup> Art. 8 LOPHII: *Uno. No se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante.*

*Dos. En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá:*

- a) *Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.*
- b) *La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.*
- c) *La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria.*

o sus representantes legales) la libertad de información, y la profesión o la relevancia pública del sujeto.

La última excepción, sobre profesión o relevancia pública del sujeto, resulta de interés en este trabajo, ya que es necesario destacar que el hecho de que los progenitores de un menor ostenten relevancia pública no significa que sus hijos también la tengan, por lo que su derecho a la intimidad se vería igual de protegido que si de cualquier otro niño se tratase<sup>119</sup>. En este sentido se pronuncia el MF en su Instrucción 2/2006 al afirmar que “*los menores hijos de personajes famosos son, sin más, menores, y como tales con derecho al mismo grado de protección frente a la curiosidad ajena*”. Existen también menores de edad que, sin depender de sus padres, ostentan notoriedad pública por el desempeño de su profesión legalmente a los 16 años (por ejemplo, un deportista profesional, músico, o actor), pero esta notoriedad también la ostentan aquellos menores considerados *influencers* o *celebrities* de menos de 16 años por aparecer en redes sociales de forma consentida. Hay que tener en cuenta que, aunque todos estos menores *influencers* se vean amparados en la excepción del art. 8.2 a) LOPHII, advierte de nuevo el MF en su Instrucción 2/2006 que deberá interpretarse esta de forma *restrictiva*, ya que aquellas captaciones de imagen de estos menores que puedan llegar a perturbar el transcurso de su vida cotidiana en ámbitos alejados de su dimensión pública no estarán justificadas en ningún caso. Es decir, aunque el menor ostente notoriedad pública, la excepción del art. 8.2 a) LOPHII no hace que su intimidad no esté protegida, ya que fuera del ámbito de relevancia pública, su tratamiento será exactamente igual que el que recibirá un menor anónimo<sup>120</sup>, con toda garantía de sus derechos a la propia imagen, intimidad y honor.

La idea del presente trabajo es dar a conocer cómo estas intromisiones se manifiestan a través de diferentes prácticas en redes sociales como consecuencia de la exposición generalizada de menores en imágenes y vídeos, más allá de realizar un estudio jurídico más amplio de las circunstancias que, en su caso, ilegitimarían la intromisión.

En concreto, nos centraremos ahora en analizar aquellos casos en los que los menores son sobreexpuestos por parte de sus progenitores en las redes sociales con acciones que pueden dar lugar al nacimiento de conflictos parentales en el seno familiar y la generación los fenómenos del *sharenting* y *oversharing*.

## 5. Menores expuestos en internet por sus progenitores

El auge de las redes sociales ha generado un deseo en parte de algunos de sus usuarios por compartir pensamientos, experiencias, fotos y vídeos; publicaciones que en muchas ocasiones son protagonizadas por niños menores de edad. Esto conlleva a que muchos usuarios, en su condición de progenitores, realicen comúnmente prácticas consistentes en exhibir la crianza de sus hijos menores de edad, llegando a menoscabar su privacidad y vulnerar sus derechos de la infancia al mostrar aspectos de la vida íntima del menor plasmados en publicaciones *online* tales como cumpleaños, vacaciones, viajes o simples momentos de su vida cotidiana.

Analizaremos ahora dos perfiles de progenitores: aquellos que se encuentran separados o divorciados y que, según el sentido de la publicación, pueden llegar a verse envueltos en un conflicto judicial al subir una imagen o vídeo de su hijo menor de edad en redes sociales; y aquellos progenitores que se dedican profesionalmente a la creación de contenido con una identidad digital basada en la maternidad y crianza, dando lugar al nacimiento del fenómeno *sharenting*.

<sup>119</sup> STC de 15 de julio 134/1999 (RTC:1999/134).

<sup>120</sup> HERRERA DE LAS HERAS, Ramón y PAÑOS PÉREZ, Alba, 2022, *op.cit.*, p.108.

## 5.1 Conflictos parentales

En un contexto de tensión o conflicto familiar se puede llegar a judicializar situaciones tan cotidianas como el hecho de colgar una foto de un hijo en internet, o el hecho de que un hijo menor de edad tenga una cuenta en redes sociales. Algo que parece tan común y *a priori* “inofensivo”, puede llevar a que el progenitor que entienda que el interés de su hijo se ha visto perjudicado por la actuación o el permiso del otro progenitor inicie un procedimiento judicial<sup>121</sup>.

Los arts. 154 y ss. del CC regulan aquellos aspectos fundamentales de la institución de la patria potestad, así como los deberes y las facultades que supone para los progenitores. Su contenido se configura como una responsabilidad de los padres que debe ser ejercida siempre en interés de sus hijos e hijas de acuerdo con su personalidad y que debe respetar sus derechos, así como su integridad física y mental. Su ejercicio debe responder al principio del interés superior del menor, que guía el desempeño de los progenitores y actúa como criterio de referencia para la resolución de conflictos judiciales de Derecho de familia<sup>122</sup>.

Se establece, en principio, una titularidad conjunta de la patria potestad a favor de los dos progenitores, salvo en situaciones excepcionales como el fallecimiento del otro progenitor, filiación respecto a sólo un progenitor o privación judicial de la patria potestad<sup>123</sup>. Esta titularidad conjunta significa un ejercicio *dual o corresponsable*<sup>124</sup>, en la que los progenitores deben ejercitar de forma consensuada las responsabilidades propias de la función parental. De este modo, por razones prácticas y de mayor flexibilidad, el art. 156 CC admite incluso en situaciones de urgente necesidad la validez de los actos que realice uno de los progenitores al considerar que “*actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro*”.

Con el auge de las redes sociales y las frecuentes relaciones de los menores con internet, la doctrina ha desarrollado el concepto de “patria potestad digital”, que obliga a los progenitores a velar por la seguridad de sus hijos en los entornos digitales, dotándoles de recursos y estrategias hábiles para su protección ante peligros como el ciberacoso, la violencia de género digital, adicciones, sextorsión, *grooming*, apropiación indebida de datos personales y por supuesto, la vulneración de sus derechos fundamentales en redes sociales<sup>125</sup>. Así, los progenitores extienden el ejercicio de la patria potestad del mundo físico al mundo virtual, atendiendo a que el menor haga un uso adecuado de la tecnología, lo que le ayudará a desenvolverse de forma plena y segura en los entornos digitales.

En un principio, cuando ambos progenitores están de acuerdo en el ejercicio de la patria potestad digital, no hay mayor problema. El conflicto se genera cuando tienen criterios diferentes a la hora de subir una imagen de su hijo menor de edad a redes, y se acentúa cuando la disconformidad se da entre progenitores separados o divorciados ya que “*cada vez se ven más casos en los juzgados en los que uno de los cónyuges exige la retirada de imágenes ya subidas y que se prohíba a la otra parte colgar fotos de sus hijos*”<sup>126</sup>.

<sup>121</sup> HERRERA DE LAS HERAS, Ramón y PAÑOS PÉREZ, Alba, 2022, *op.cit.*, p.78.

<sup>122</sup> MARTÍNEZ CALVO, Javier, 2015. La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015 de Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. *Revista La Actualidad jurídica iberoamericana*, nº3, p.204.

<sup>123</sup> RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María Goñi, 2020. Relaciones paterno-filiales. La patria potestad. *Guía de Derecho Civil, Teoría y práctica*, Thomson Reuters Aranzadi, 2ª Edición, Tema V.

<sup>124</sup> HERRERA DE LAS HERAS, Ramón y PAÑOS PÉREZ, Alba, 2022, *op.cit.*, p.78.

<sup>125</sup> VELILLA ANTOLÍN, Natalia, 2017. Patria potestad digital. *Revista jurídica de Derecho de Familia de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria*, nº7, pp. 3-16. Disponible en: <https://www.ajfy.es/wp-content/uploads/2017/11/LIBRO-DE-FAMILIA-NOV-17.pdf>

<sup>126</sup> VELILLA ANTOLÍN, Natalia, 2017, *op.cit.*, p. 12.

En los casos de nulidad, separación y divorcio, los progenitores conservan la titularidad y ejercicio conjunto de la patria potestad del hijo menor de edad, según se desprende de lo establecido en el art. 92 CC<sup>127</sup>. Así, para que un padre o madre pueda subir una foto de su hijo menor de edad a redes, necesitará contar con el consentimiento del otro progenitor como cotitular de la patria potestad, siendo indiferente quien de ellos ostente su la guarda y custodia. Esto es así porque como bien indica la SAP de A Coruña de 17 de enero de 2022<sup>128</sup>, la publicación de imágenes del hijo común menor de edad a las redes sociales se incluye dentro del concepto de “actos” de la patria potestad “conforme al uso social y a las circunstancias”, y por lo tanto al “tratarse de una decisión que, de no mediar autorización, queda excluida de las que unilateralmente puede adoptar uno de los progenitores”.

Esta exigencia fue señalada por la jurisprudencia en Sentencias como la STS de 30 de junio de 2015<sup>129</sup> que declara necesaria la solicitud del consentimiento de ambos progenitores para la publicación de imágenes del hijo menor de edad por terceros; o la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 6 de julio de 2018<sup>130</sup> que, considerando que la publicación de las fotos de un hijo menor de edad en redes es un acto que deriva del ejercicio ordinario de la patria potestad, requiere a un progenitor para que cese en su conducta de subir fotos de hija a redes sociales sin el consentimiento del otro progenitor. La SAP de Madrid de 29 de junio de 2020<sup>131</sup> afirma que “a falta de acuerdo entre los progenitores sobre la publicación de fotos de la menor (...) y al poder ser asequible a todos los usuarios de la red siendo susceptible de su reproducción indefinida y de ser colgada en un sitio no deseado con la consiguiente pérdida de control, se hace preciso el consentimiento de ambos padres o al menos que no medie oposición tácita o expresa de uno de ellos para divulgar la imagen de la menor de 7 años”.

Como vemos, la premisa inicial es contar con el consentimiento prestado por ambos progenitores y en el caso de oposición de uno de ellos, podrá acudir a la vía judicial interponiendo una demanda que dará lugar a la tramitación de un expediente de jurisdicción voluntaria ante el Juzgado que dictó las medidas sobre guarda, custodia y patria potestad que figuran en el convenio regulador. Será el juez de Familia quien finalmente tome la decisión, (si se publica o no la imagen o si se retira), tras dar audiencia a ambos progenitores y al menor de edad si el juez considera que ostenta suficiente grado de madurez y, en todo caso, si este es mayor de 12 años (art. 156 CC). Así lo manifiesta la SAP de Asturias de 13 de marzo de 2019<sup>132</sup> al afirmar que “ante la discrepancia surgida entre ellos por la negativa (...) de la madre, que se ha mostrado contraria a que la imagen de su hija se difunda a través de las redes (...) lo que surge es un desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad que deberá dar lugar a que fuese el Juez quien, oídos a ambos progenitores, atribuyera a uno de ellos la facultad de decidir; esto es, si se consiente en la publicación de las fotos en caso de atribuirla al padre o si no debe consentirse, en caso de hacerlo a la madre”.

También hay que distinguir en donde se publica la fotografía o vídeo del menor, ya que no es lo mismo hacerlo en una cuenta privada que en una pública. En el primer caso, nos remitimos a lo ya explicado: es necesario el consentimiento de ambos progenitores que ostenten la titularidad de la patria potestad del menor, y en caso de oposición de uno de ellos, se podrá acudir a la vía judicial. En el segundo caso, si se suben contenidos exponiendo la vida íntima del menor de forma constante e indiscriminada será necesario, además del consentimiento mutuo de los progenitores, realizar una

<sup>127</sup> Art. 92 CC: “1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos (...)”.

<sup>128</sup> SAP de A Coruña de 17 de enero de 2022 (JUR:2022/78525).

<sup>129</sup> STS de 30 de junio de 2015 385/2015 (RJ:2015/2661).

<sup>130</sup> SAP de Santa Cruz de Tenerife de 6 de julio de 2018 (JUR:2018/273525).

<sup>131</sup> SAP de Madrid de 29 de junio de 2020 (JUR:2020/24108).

<sup>132</sup> SAP de Asturias de 13 de marzo de 2019.

comunicación al MF según lo establecido en el art. 3.2 LOPHII<sup>133</sup>, quien podrá oponerse a la publicación de estos contenidos, dejando la decisión final en manos del juez.

Así, a la hora de decidir en este tipo de conflictos, el juez habrá de tener en cuenta el alcance de la publicación y determinar si con ella se está perjudicando el interés superior del menor o se le está sometiendo a una sobreexposición como consecuencia de realizar una intromisión ilegítima en sus derechos personales. Cuando la publicación de estas imágenes se realice en el entorno más cercano, incluso cuando no sea subida por los titulares de la patria potestad, sino por otros familiares como los tíos o abuelos del menor, la jurisprudencia señala que *“no atentaría al derecho de imagen del menor siempre y cuando no se perjudique su interés superior por el contexto de la publicación, por su contenido y por la divulgación de la misma”*<sup>134</sup>. Es decir, habrá que tener en cuenta diferentes aspectos: si el perfil donde se publica la imagen es privado o público, cuantos seguidores tiene, si la publicación tiene comentarios y el sentido de estos...etc.

En definitiva, la tarea consiste en analizar jurídicamente *“si la actuación se adecua a los usos sociales extendidos en el ámbito familiar en cuestión”* y si se trata de una verdadera intromisión en los derechos de imagen e intimidad del menor o simplemente *“se trata de compartir determinados momentos agradables o lúdicos de la vida cotidiana del menor con sus padres u otros familiares, sin mayor trascendencia, teniendo en cuenta el ámbito en el que se produce la publicación”*<sup>135</sup>. El sentido de la expresión *“usos sociales extendidos en el ámbito familiar”* está conformado por simples acciones propias de la patria potestad que no suponen injerencia alguna en ninguno de los derechos del menor de edad ni le perjudican en sus intereses. Hay que tener en cuenta que es incomparable que, por ejemplo, que uno de los progenitores incluya en su foto de perfil una imagen de su hijo mirando a cámara como en un retrato (algo que es muy habitual, no parece ser lesivo) o compartir en un chat cerrado, familiar o de amigos, unas imágenes del menor que en ningún caso resulten ofensivas (actos que, de primeras, forman parte de esos “usos sociales familiares”), con publicar abiertamente aspectos de la vida íntima del hijo menor de edad en redes sociales sin consentimiento que puedan lesionar sus intereses<sup>136</sup>.

Autores como VELILLA ANTOLÍN, siendo conscientes de que cada vez se dan más este tipo problemas parentales en ámbito judicial, proponen evitarlos mediante la inclusión en los convenios reguladores o en las sentencias de separación, divorcio o nulidad cláusulas o condiciones reguladoras de la difusión de la imagen o intimidad de los menores. Afirman que lo mejor sería que estas cláusulas tengan carácter atemporal y general, y que incluyan cualquier tipo de vulneración de los derechos del menor que podrá reputarse injusta si no se cuenta con el consentimiento del otro progenitor<sup>137</sup>.

En conclusión, lo que habrá que realizar en estas situaciones de conflictos parentales ante el ejercicio de la patria potestad digital será determinar *“si la intromisión llevada a cabo por los progenitores en la intimidad y privacidad de sus hijos es legalmente tolerable”*<sup>138</sup>, haciendo un estudio exhaustivo de la situación, ya que en este aspecto la casuística es muy variada.

<sup>133</sup> Ya se mencionó este “consentimiento proyectado” que debe ser comunicado al MF por los progenitores en el punto 4.2.2 de este trabajo, al hablar de la validez del consentimiento prestado por el menor de edad. Art. 3 LOPHII: *“Uno. El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. Dos. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez”*.

<sup>134</sup> HERRERA DE LAS HERAS, Ramón y PAÑOS PÉREZ, Alba, 2022, *op.cit.*, p.84.

<sup>135</sup> SAP de Madrid de 6 de julio de 2017 266/2017.

<sup>136</sup> FLORIT FERNÁNDEZ, Carmen, 2022, *op.cit.*, p.78.

<sup>137</sup> VELILLA ANTOLÍN, Natalia, 2017, *op.cit.*, p. 14.

<sup>138</sup> PAÑOS PÉREZ, Alba, 2012. El interés del menor como criterio para determinar la ilegitimidad de la intromisión en los derechos del honor, la intimidad y la propia imagen del menor. *Revista de Actualidad Civil*, nº8, pp. 249-299.

## 5.2 Mercantilización de la imagen de los menores en redes sociales: *sharenting* y *oversharing* en los niños *influencers*

El término *sharenting* es un anglicismo compuesto por los términos *share* (compartir) y *parenting* (crianza)<sup>139</sup>. Su creación se atribuye a las autoras BLUM-ROSS y LIVINGSTON<sup>140</sup> en el año 2017, y hace referencia a la “*exposición en redes sociales de todo tipo de información personal de menores, especialmente fotografías y vídeos por parte de sus progenitores*”<sup>141</sup>. En los últimos años, esta dinámica ha dado lugar a una sobreexposición continuada de los menores en redes sociales por parte de muchos padres creadores de contenido, lo que se concibe bajo el concepto *oversharing*<sup>142</sup>, agravado por aquellos progenitores que obtienen ingresos económicos por mostrar públicamente aspectos de la vida privada de sus hijos *online*.

Muchas de las *influencers* con más seguidores a nivel nacional e internacional son mujeres jóvenes con edad comprendida entre los 20 y 30 años<sup>143</sup>. Al encontrarse en plena edad reproductiva y contando muchas de ellas con hijos de corta edad, es frecuente que definan su identidad digital en redes en base a su maternidad, compartiendo imágenes y vídeos relacionados con esos menores<sup>144</sup>. Este tipo de creadoras de contenido se identifican popularmente a través del término *instamadres*, siendo generalmente mujeres, aunque cada vez son más los *instapadres* que basan el contenido de sus perfiles en la crianza infantil.

El fenómeno del *sharenting* responde al “*deseo de madres y padres creadores de contenido de expresar su “yo extendido”, siendo vistos los menores como objetos de su representación, como un componente para su autodefinición*”<sup>145</sup>. Así, muchos *influencers* justifican esta exposición de la vida íntima de su hijo menor al considerarla como un aspecto más de su vida personal que desean enseñar a sus seguidores como muestra de naturalidad, confianza y cercanía.

Lo cierto es que muchas de estas *instamadres* ya eran profesionales del mundo de la comunicación y publicidad en redes antes de su maternidad, pero una vez que tienen a su hijo “*ven en ello la promesa de una solución a las dificultades para conciliar el cuidado de sus hijos con su carrera en redes*”<sup>146</sup>, lo que se define por algunos autores como “*un trabajo aspiracional envuelto en glamour y autorrealización*”<sup>147</sup>. Es decir, encuentran en las redes sociales y en la creación de contenido un verdadero desempeño laboral, siendo conscientes de que la promoción de contenidos con la presencia de menores “*conlleva a un mayor éxito y eficacia*”<sup>148</sup>.

<sup>139</sup> TORRES ROMAY, Emma, y GARCÍA MIRÓN, Silvia, 2020. *Sharenting: análisis del uso comercial de la imagen de los menores en Instagram*. *Revista de Marketing Aplicado RedMarka*, nº24, pps. 160-179.

<sup>140</sup> BLUM-ROSS, Alicia, y LIVINGSTONE, Sonia, 2017. “*Sharenting*”, parent blogging and the boundaries of the digital self. *Popular Communication*, nº15.

<sup>141</sup> GARCÍA GARCÍA, Ainoa, 2021. La protección digital del menor: El fenómeno del *sharenting* a examen. *Revista de Derecho UNED*, nº27.

<sup>142</sup> HOLZER, Natalia, 2017. *Oversharing: padres que comparten en exceso en redes sociales*. Dimensiones éticas y antropológicas de la cuestión. *Revista Palabra*, nº1, pp. 92-106.

<sup>143</sup> TRUENDY.COM y ASOCIACIÓN DE BLOGS DE MODA (AEBDM), 2012. Estudio sociológico de los blogs de moda. Disponible en: <https://docplayer.es/7905007-Estudio-sociologico-de-blogs-de-moda-y-belleza-espana-2012-realizado-por-truendy-com-en-colaboracion-con-la-asociacion-espanola-de-blogs-de-moda.html>

<sup>144</sup> JIMÉNEZ IGLESIAS, Estefanía, *et.al*, 2021. Exposición de menores en Instagram: *instamadres*, presencia de marcas y vacío legal. *Revista Mediterránea de Comunicación/Mediterranean Journal of Communication*, nº 13, pp. 51-63.

<sup>145</sup> ABERG, Erica y HUVILA, Jarna, 2019. Hip children, good mothers—Children’s clothing as capital investment? *Young Consumers Magazine*, Nº20, pp.153-166.

<sup>146</sup> JORGE, Ana, *et. al*, 2022. Mummy influencers and professional *sharenting*. *European Journal of Cultural Studies*, vol. 25, nº1, pp. 166-182. Disponible en: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/13675494211004593>

<sup>147</sup> LITTLER, Jo, 2017. *Against meritocracy: Culture, power and myths of mobility*. Taylor & Francis.

<sup>148</sup> TORRES ROMAY, Emma, y GARCÍA MIRÓN, Silvia, 2020, *op. cit.*, p.172.

Por su parte, el mercado encuentra muy atractivas las cuentas de ese tipo de madres *influencers*, ya que les ofrece un escaparate para acceder a nichos muy concretos de consumidores potenciales y, además, les permite utilizar las plataformas como intermediario a la hora de establecer contacto con marcas y formalizar colaboraciones en cuanto a la promoción de productos específicos relacionados con la crianza, la alimentación y la moda infantil o el ocio familiar.

Se trata explotar un entorno digital altamente comercializado, que es usado por personas particulares con la finalidad de obtener beneficios económicos maximizando su visibilidad y el alcance de sus publicaciones protagonizadas por sus hijos menores de edad, a los que, indirectamente, están convirtiendo también en pequeños *influencers*<sup>149</sup>.

Esta explotación económica del menor a través de su exposición en imágenes puede producirse por dos vías: cuando el menor desarrolla una actividad artística o publicitaria en la red, muchas veces desde su propio perfil, en ocasiones consentido por sus progenitores; o cuando el propio padre o madre tiene su propio perfil y es en él donde exhibe las dotes de su hijo menor, por ejemplo, “*jugando con un juguete que publicita mostrando lo divertido que es, o bien, cuando el objeto de la explotación es su mera intimidad, su día a día*”<sup>150</sup>.

Son múltiples las acciones que engloba el *sharenting*: mostrar a los seguidores la vida cotidiana del menor, hacer videos en directo respondiendo preguntas, subir tutoriales, hacer *vlogs* diarios, hacer parodias, retos, juegos, abrir paquetes en directo de colaboraciones, enseñar rutinas de cuidado personal, abrir juguetes y mostrar cómo se utilizan, enseñar ropa y accesorios, probar comida... teniendo en cuenta que en todo este tipo de contenido, mayormente publicitario, se está mostrando a miles o millones de personas la imagen de menor e indirectamente, aspectos muy relevantes de su vida privada.

Dice GUTIÉRREZ MAYO, a propósito de las *instamamis* que publican todo tipo imágenes y videos representativos de la vida cotidiana de sus hijos menores que “*reflexión es abordar, desde el punto de vista legal y civil, el problema de si los padres o representantes legales de un menor pueden exponer completamente su vida diaria personal y familiar en redes sociales de acceso público (...) y en este caso, su derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen*”<sup>151</sup>.

El problema se encuentra, como ahora veremos, en que no existe en la normativa española una ley que trate específicamente la actividad que desempeñan estos menores en redes ni que regule mínimamente el *sharenting* al que son sometidos.

### **III. SOLUCIONES LEGALES A LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS A LA PROPIA IMAGEN E INTIMIDAD DEL MENOR DE EDAD EN REDES SOCIALES**

Siendo conscientes del panorama existente en internet en cuanto a la sobreexposición de menores llegando a vulnerar aspectos de su privacidad y agravada por la obtención de rendimientos económicos, se procederá ahora a analizar las soluciones legales, en el caso de existir, que se plantean para hacer frente a la laguna normativa de nuestro ordenamiento jurídico.

En primer lugar, se analizarán las posibilidades de protección que la normativa española ofrece en cuanto al *sharenting*, para realizar después una breve remisión al modelo de legislación francesa.

<sup>149</sup> JIMÉNEZ IGLESIAS, Estefanía, *et.al*, 2021, *op.cit.*, p.53.

<sup>150</sup> FLORIT FERNÁNDEZ, Carmen, 2022, *op.cit.*, p.87.

<sup>151</sup> GUTIÉRREZ MAYO, Escarlata, 2016. *Instamamis, la exposición de menores en las redes sociales por sus progenitores. Análisis Civil, Portal Jurídico, Notariosyregistradores.com. Disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/instamamis/>*

## 6. Soluciones al fenómeno del *sharenting* en la normativa española

Mostrar a los menores en redes por sus propios padres sin su consentimiento, de forma continua, descontrolada y sin límite alguno, según el sentido de la publicación, puede llegar a considerarse una verdadera intromisión ilegítima en los derechos a la propia imagen, honor e intimidad del menor de edad recogida en el art. 7 LOPHII. Además, esta situación se agrava cuando los progenitores, con su actuación en redes, están mercantilizando la imagen del menor de edad a través de la obtención de rendimientos económicos.

El problema radica en que no existe una legislación específica en España que regule las condiciones aplicables a estos menores *influencers* como consecuencia del *sharenting* al que son sometidos por sus progenitores.

Al recibir ingresos económicos por ser mostrados en redes sociales a través de imágenes y vídeos, estos menores vienen desarrollando, *de facto*, un trabajo en cuanto al uso comercial de su imagen, pero no existe un marco legal concreto donde poder encuadrar su actividad. Algunos autores declaran que *“se puede considerar (...) a los padres de los menores expuestos en redes con la finalidad de obtener rendimientos económicos como trabajadores autónomos, y a dichos menores como trabajadores de aquellos, del mismo modo que entiendo que puede considerarse al trabajo realizado por el menor de tipo artístico y/o publicitario”*<sup>152</sup>.

Existen algunas normativas generales en las cuales podría intentar encajar al menor *influencer*, como por ejemplo el Estatuto de los Trabajadores (desde ahora, EA), la Ley 20/2007 del Estatuto del Trabajo Autónomo, y el Real Decreto 1435/1985 *por el que se regula la relación laboral de los artistas en espacios públicos*, en un intento de poder regularizar, de algún modo, esta situación<sup>153</sup>. Esta posibilidad, como último recurso ante la falta de regulación específica, es considerada por autores como GARCÍA GARCÍA<sup>154</sup> que afirman que la participación de los menores en redes sociales *“podría entenderse como actividad de carácter artístico y publicitario, puesto que los progenitores reciben remuneración económica, siendo indispensable la autorización de la Autoridad Laboral”*<sup>155</sup>. Pasaremos ahora a analizar el contenido de estas normativas:

- El EA en su art 6.1 prohíbe *“la admisión del trabajo a los menores de dieciséis años”*, especificando en su apartado cuarto que la aparición de los menores de 16 años en espectáculos públicos *“solo se autorizará en casos excepcionales por la Autoridad Laboral, siempre que no suponga peligro para su salud ni para su formación profesional y humana. El permiso deberá constar por escrito y para actos determinados”*.
- El Real Decreto 1435/1985 *por el que se regula la relación laboral de los artistas en espacios públicos*, hace referencia en su art. 2 a la participación de menores de 16 años en espectáculos públicos con la condición de que *“dicha participación no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana”*. Afirma el precepto que, para ello, será necesario que los representantes legales del menor soliciten una autorización a la Autoridad Laboral que deberá ir *“acompañada del consentimiento de este, si tuviera suficiente juicio, y la concesión de la misma deberá constar por escrito, especificando el espectáculo o la actuación para la que se concede”*. Una vez concedida, *“corresponde al padre o tutor la celebración del correspondiente contrato,*

<sup>152</sup> FLORIT FERNÁNDEZ, Carmen, 2022, *op.cit.*, p.89.

<sup>153</sup> HERRERA DE LAS HERAS, Ramón y PAÑOS PÉREZ, Alba, 2022, *op. cit.*, p.126.

<sup>154</sup> GARCÍA GARCÍA, Ainoa, 2021, *op. cit.*

<sup>155</sup> La Autoridad Laboral hace referencia al órgano o conjunto de órganos de las Administraciones Públicas que tiene atribuida competencia ejecutiva y de resolución de determinados procedimientos en materia laboral y de Seguridad Social, según se encuentre transferida a la Comunidad Autónoma pertinente. En el caso de la Comunidad Autónoma de Galicia, esta competencia la ostenta la Consellería de Promoción do Empleo e Igualdade.

*requiriéndose también el previo consentimiento del menor, si tuviere suficiente juicio; asimismo, corresponde al padre o tutor el ejercicio de las acciones derivadas del contrato”.*

- Por su parte, la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo reafirma lo anterior en su art. 9 al establecer que *“los menores de dieciséis años no podrán ejecutar trabajo autónomo ni actividad profesional”*, y recalca: *“ni siquiera para sus familiares”*. En su apartado segundo establece que *“No obstante (...) en el caso de prestaciones de servicios en espectáculos públicos, se estará a lo establecido en el art. 6.4 del ET”* sobre trabajo de los menores, que expusimos anteriormente.

Es decir, se establece legalmente una edad mínima en los 16 años para que un menor pueda trabajar, si bien existen excepciones para que los menores de esta edad puedan, bajo la condición de solicitud de autorización por parte de sus progenitores y la prestación de su consentimiento de forma válida, desarrollar una actividad de carácter artístico y publicitario.

Parte de la doctrina, con autores como HERRERA DE LAS HERAS y PAÑOS PÉREZ, se muestra crítica con esta “solución” al considerar que esta normativa general y aplicada ante la falta de legislación específica que regule el trabajo prestado por los menores en redes a través de su imagen, no les brinda una suficiente protección<sup>156</sup>. Hacen referencia a normativas más sólidas, como la Convención de los Derechos del Niño<sup>157</sup> (CDN), que alude la protección de estos menores frente a una posible explotación laboral que pudiesen sufrir en este ámbito al señalar en su art. 32 que *“1. Los Estados Parte reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social”*. Afirma también que *“2. Los Estados Parte adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo”* exigiendo, además, que se fijen edades mínimas para trabajar, reglamentación en materia de horarios y condiciones de trabajo, y sanciones para asegurar la efectividad de lo dispuesto en el artículo. Así, entiende FLORIT FERNÁNDEZ que *“sí puede considerarse explotación de menores mediante sus progenitores cuando vuelcan información de sus hijos menores en Internet obteniendo rendimientos económicos”*<sup>158</sup> ya que, con ello, se estaría vulnerando el propio contenido de este art. 32 CDN.

Para algunos autores, la solución a esta falta regulación de la situación en redes de los menores en redes es simple: basta con que el menor firme un contrato de cesión de derechos de la personalidad. Sin embargo, advierte GIL ANTÓN que cuando un menor de edad ceda su derecho a la imagen y a su vez realice una prestación personal en redes *“será necesario no solo el consentimiento a esa intromisión en la imagen del menor, que constituirá una verdadera autorización, sino el consentimiento a la realización de esa prestación personal, y en todo caso si intervienen los padres, habrá de serlo siempre bajo la premisa de los intereses del menor”*<sup>159</sup>. Además, sólo podrán firmar un contrato de cesión de derechos personales aquellos menores de 16 años en adelante, lo que una vez más, desampara a los menores de esta edad que también *“se han convertido, entendemos, en trabajadores de sus progenitores”*<sup>160</sup>.

Otra parte de la doctrina se encuentra en una postura más “relajada” ante el fenómeno del *sharenting* económico, al entender que la exposición de la imagen del menor en redes sociales es algo *“menos perjudicial y entendible para su desarrollo íntegro”*<sup>161</sup> a nivel personal, considerando que

<sup>156</sup> HERRERA DE LAS HERAS, Ramón y PAÑOS PÉREZ, Alba, 2022, *op. cit.*, p.128.

<sup>157</sup> Convención de los Derechos del Niño de 1989 (CDN), Naciones Unidas.

<sup>158</sup> FLORIT FERNÁNDEZ, Carmen, 2021. Kidfluencers, menores de edad emancipados autónomos en Internet. *Revista de Actualidad Civil*, nº2, p.5.

<sup>159</sup> GIL ANTÓN, Ana María, 2013, *op. cit.*, p. 221.

<sup>160</sup> HERRERA DE LAS HERAS, Ramón y PAÑOS PÉREZ, Alba, 2022, *op. cit.*, p.128

<sup>161</sup> MACÍAS CASTILLO, Agustín, 2009. La protección civil del derecho a la propia imagen de los menores inmigrantes. *Corintios XIII: Revista de teología y pastoral de la caridad*, nº131, p. 61.

las medidas a tomar para regular esta situación deberían ser más laxas y flexibles. Sin embargo, la postura más extendida se muestra crítica ante este fenómeno, a favor de unos controles más duros en redes, con una exigente autorización de la Autoridad Laboral y en su caso del MF, considerando que, en los casos de sobreexposición descontrolada y continua que deriven en verdaderas intromisiones ilegítimas en los derechos del menor, este debería actuar *ex ante*.

Debemos tener en cuenta ahora que, como ya se expuso anteriormente, el hecho de que los progenitores de un menor ostenten relevancia pública como creadores de contenido o *influencers* no significa que sus hijos menores tengan también esta consideración, por lo que su derecho a la intimidad se vería igual de protegido que si de cualquier otro niño se tratase<sup>162</sup>. Así, la excepción a la intromisión ilegítima del art. 8.2 a) LOPHII debería interpretarse, en todo caso, de forma restrictiva, teniendo siempre en cuenta su interés superior<sup>163</sup>.

El mayor problema reside en la configuración de las propias redes sociales, que presentan un escenario que facilita las transacciones y relaciones comerciales *online* sin poner traba alguna a las limitaciones en cuanto a sobreexposición de menores en imágenes<sup>164</sup>; y también en los propios progenitores, ya que siendo ellos quienes ostentan precisamente la patria potestad “*en ningún caso pueden ser quienes produzcan riesgo para la seguridad de ese menor ni meramente quebrantar su intimidad*”<sup>165</sup> dando lugar a intromisiones ilegítimas en sus derechos personales por sobreexponer a sus hijos en redes y obtener, además, beneficios económicos gracias a ello.

En el año 2023, se ha elaborado por parte del Ministerio de Economía y Transformación Digital un Proyecto de Real Decreto<sup>166</sup> por el que se regula la actividad de los creadores de contenido en redes sociales, cuya aprobación urgente está prevista para comienzos del año 2024.

Este RD pretende equiparar la figura del *influencer* con la de los prestadores de servicios de comunicación, sujetándose a algunas de las obligaciones ya existentes en la Ley General de Comunicación Audiovisual de julio de 2022 (LGCA), ahora adaptadas a las redes sociales. Concretamente, la intención es que los creadores de contenido que cumplan ciertos requisitos puedan considerarse “*usuarios de especial relevancia*”, debiendo de someterse a una serie de obligaciones en cuanto a la prestación de su servicio en redes. Así, encajarán en esta definición aquellos creadores de contenido que obtengan ingresos significativos (cantidad todavía por determinar) derivados de la exposición de contenidos audiovisuales en redes destinados a una parte del público en general<sup>167</sup>, condiciones que cumplen muchos de los menores *influencers* con mayor alcance en las redes sociales hoy en día.

<sup>162</sup> STC de 15 de julio 134/1999 (RTC:1999/134).

<sup>163</sup> Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores.

<sup>164</sup> Como ya pudimos ver al analizar las condiciones de uso de las plataformas más importantes en el punto 4.2.1 de este trabajo.

<sup>165</sup> FLORIT FERNÁNDEZ, Carmen, 2021, *Kidfluencers...* *op. cit.*, p.3.

<sup>166</sup> Proyecto de Real Decreto XX por el que se regulan los requisitos a efectos de ser considerado usuario de especial relevancia según lo dispuesto en el artículo 94 de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual. Disponible en: [https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/participacion\\_publica/audiencia/ficheros/Borrador\\_RD\\_UER\\_audivencia-7-12-23.pdf](https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/participacion_publica/audiencia/ficheros/Borrador_RD_UER_audivencia-7-12-23.pdf)

<sup>167</sup> CUATRECASAS, 2023. “*¿Quiénes serán influencers bajo la LGCA?*” Proyecto de RD que regula los requisitos para ser “usuario de especial relevancia” a efectos de la Ley General de Comunicación Audiovisual [en línea]. Disponible en: <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/propiedad-intelectual/art/quienes-seran-influencers-bajo-lgca> [consulta: 25 diciembre 2023].

La LGCA ya recogía la figura del “*usuario de especial relevancia*” en los medios de comunicación, con sus requisitos en su art. 94.2<sup>168</sup>, pero no los desarrollaba plenamente ni hacía alusión a que se pudiera equiparar a la del *influencer* en redes sociales. Esto es así porque en la misma disposición adicional séptima de la norma ya se preveía que el desarrollo del concepto con sus requisitos debería hacerse reglamentariamente más adelante.

En el borrador del proyecto normativo se afirma que “*el avance en la equiparación entre los «influencers» y los otros prestadores de servicios de comunicación audiovisual responde a la necesidad de asegurar su respeto a unos principios básicos de la comunicación audiovisual, y de garantizar la protección del público general, y de los menores de edad en particular, frente a contenidos audiovisuales y comunicaciones comerciales perjudiciales*”. En materia de protección de menores, el RD pretende implantar “*medidas para proteger a los menores de edad de programas, vídeos generados por usuarios y comunicaciones comerciales audiovisuales que puedan perjudicar a su desarrollo físico, mental o moral*”. Sin embargo, en el borrador no se hace referencia alguna al tratamiento de aquellos menores *influencers* que reciben ingresos económicos a través de la gestión de sus progenitores, cuestión que habrá que ver si finalmente se aborda una vez la normativa entre en vigor.

En conclusión, nos encontramos hasta ahora ante un vacío legal en la normativa española que intenta ser suplido a través de la aplicación indirecta de normas generales que no regulan específicamente la problemática de la sobreexposición y mercantilización de la imagen de menores en internet, cuestión que considero debe ser abordada lo antes posible para poder regularizar una realidad existente en las redes sociales que no se puede obviar. Cabe esperar a la entrada en vigor del RD por el que se regulan los requisitos a efectos de ser considerado usuario de especial relevancia para poder analizar si, por fin, se consigue un amparo normativo sólido que proteja debidamente del *sharenting* a los niños creadores de contenido en España.

Otra solución que nuestro ordenamiento jurídico prevé ante una intromisión ilegítima en los derechos a la propia imagen o intimidad es acudir a los efectos de la responsabilidad civil establecidos en el art. 9.2 LOPHII que afirma que “*la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima*” que puede derivar del *sharenting* soportado en redes por el menor de edad.

Por un lado, la legitimación activa para el ejercicio de esta acción la ostenta el interesado como titular del derecho lesionado (el menor de edad) y, como ya vimos, en el caso de los menores su ejercicio corresponderá a sus representantes legales y en todo caso, al Ministerio Fiscal “*que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública*”<sup>169</sup>.

<sup>168</sup> Art. 94.2 LGCA: 2. *A los efectos de esta ley, tendrán la consideración de usuarios de especial relevancia aquellos usuarios que empleen los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma y cumplan de forma simultánea los siguientes requisitos:*

- a) El servicio prestado conlleva una actividad económica por el que su titular obtiene unos ingresos significativos derivados de su actividad en los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma;*
- b) El usuario de especial relevancia es el responsable editorial de los contenidos audiovisuales puestos a disposición del público en su servicio.*
- c) El servicio prestado está destinado a una parte significativa del público en general y puede tener un claro impacto sobre él.*
- d) La función del servicio es la de informar, entretener o educar y el principal objetivo del servicio es la distribución de contenidos audiovisuales.*
- e) El servicio se ofrece a través de redes de comunicaciones electrónicas y está establecido en España de conformidad con el apartado 2 del artículo 3.*

<sup>169</sup> Art. 4.4 LOPJM.

De otro lado, se entiende que ostentará la responsabilidad civil aquella persona que haya difundido, con la falta de requisitos legalmente establecidos, una imagen, vídeo o cualquier contenido que vulnere la intimidad del menor en el ámbito de las redes sociales.

Así, si la intromisión se realiza por parte de los padres del menor, por ejemplo, en un caso de *sharenting* en redes sociales, su responsabilidad surgiría cuando ellos mismos hayan prestado consentimiento en nombre del menor para compartir en la plataforma una imagen que atente contra la privacidad de su hijo o hija.

Entonces, en estos casos surge preguntarse ¿podrían los menores de edad emprender acciones legales contra sus representantes legales por subir una imagen que atente contra sus derechos? ¿o por ceder estos sus derechos de imagen a terceros a cambio de una prestación económica causándole una intromisión?

Considerando que el consentimiento prestado es revocable, ya que “*para poder hablar de conflicto, es necesario que el titular de la imagen que consintió haga uso de la facultad revocatoria prevista en el art. 2.3 de la LOPHII*”<sup>170</sup> y que existe responsabilidad civil de los padres<sup>171</sup>, la respuesta a la primera pregunta es afirmativa.

Los menores, como sujetos activos y titulares del derecho a la propia imagen e intimidad, podrían reclamar a sus progenitores una indemnización por causarles una intromisión ilegítima en el ámbito de redes cuando hayan alcanzado la madurez suficiente para mostrar oposición a la constante sobreexposición de su identidad personal en internet.

En cuanto a la segunda cuestión, estos menores no podrían actuar frente a los cesionarios en caso de mediar un contrato de cesión de derechos, ya que estos sí contaban desde un principio con el consentimiento legal necesario para poder publicar o difundir los contenidos. Es decir, los menores no podrán reclamar indemnización alguna por la publicación ya subida en su momento a las plataformas porque esta contaba consentimiento original y consumado. Así, el afectado por la intromisión podría revocar su consentimiento y solicitar la retirada de una promoción o cualquier tipo de contenido digital para el que sí había consentido en su momento, pero cosa distinta es que no pueda reclamar indemnización alguna por ello, ya que este contaba con el consentimiento inicial<sup>172</sup>.

Algunos autores han exigido que, a su vez, estas plataformas deban responder por aquellos contenidos alojados en ellas que constituyan intromisiones ilegítimas en los derechos de los menores. Esta cuestión, a la vista de HERRERA DE LAS HERAS y PAÑOS PÉREZ, debería ser matizada, ya que “*deberíamos ser prudentes a la hora de trasladar la responsabilidad a las redes sociales (...) ello, además de ser inviable, sería injusto*”<sup>173</sup>. Otros autores, como MORENO BOBADILLA, consideran que “*sería una medida muy positiva exigir a los prestadores de servicios una cierta responsabilidad al igual que un medio de comunicación*”<sup>174</sup>. Siguiendo esta línea, las redes sociales también deberían responder en aquellos casos en los que la vulneración de los derechos del menor sea más que evidente y cuando no se retire de un modo efectivo la publicación que constituye la intromisión del menor. Esto deriva de que las plataformas no han actuado diligentemente desde el principio, estableciendo, como ya expusimos, una escasa seguridad y falta de verificación de edad al acceso por parte de los menores y también límites fácilmente franqueables a la publicación de

<sup>170</sup> ROVIRA- SUEIRO, María Esther, 2000, *op. cit.*, p.150.

<sup>171</sup> GÓMEZ CALLE, Esther, 1992. *La responsabilidad civil de los padres*, Editorial Montecorvo, Madrid.

<sup>172</sup> HERRERA DE LAS HERAS, Ramón y PAÑOS PÉREZ, Alba, 2022, *op. cit.*, p.94 y p.96.

<sup>173</sup> HERRERA DE LAS HERAS, Ramón y PAÑOS PÉREZ, Alba, 2022, *op. cit.*, p.119.

<sup>174</sup> MORENO BOBADILLA, Ángela, 2017. *Intimidad y menores*, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

contenidos que atenten contra sus derechos por lo que, de algún modo, deberían asumir cierto grado de responsabilidad por esta falta de diligencia en la gestión del servicio que ofrecen al usuario.

Los efectos de responsabilidad civil que los arts. 9.2 y 9.3 LOPHII prevén son cuatro: el cese inmediato de la intromisión, la toma de medidas para impedir que se produzca una nueva intromisión, la indemnización por los daños y perjuicios causados y la apropiación del lucro obtenido por la intromisión ilegítima<sup>175</sup>.

En el ámbito de las redes sociales, proceder al “*cese inmediato de la intromisión*” es una cuestión compleja, porque una vez que el contenido que da lugar a la intromisión en los derechos del menor se publica en internet se puede compartir por miles, o incluso millones de usuarios en sus propios perfiles si se llegase a viralizar, y pasar de una plataforma a otra al compartirse en cadena. Esto supone una gran complejidad a la hora de poner en práctica el efecto de la responsabilidad civil en cuanto a al cese inmediato de la intromisión, porque el sentido de su “inmediatez” es imposible, más al contar con la lenta actuación de las plataformas a la hora de proceder a la retirada de contenido. Además, hay que contar con que la huella digital es un rastro prácticamente imborrable, ya que una vez el causante de la intromisión sube la imagen o vídeo pierde por completo el control de su difusión.

Lo mismo ocurre con el efecto relativo a “*prevenir o impedir intromisiones ulteriores*” por la complejidad, a nivel técnico y económico, que supone establecer un sistema tecnológico eficaz que evite que más usuarios de la plataforma puedan compartir la imagen o vídeo en cuestión en un futuro, erradicando su difusión.

En cuanto a la reparación económica que trae causa en la intromisión, incluirá una cuantía en relación con los daños a nivel moral que esta haya podido causar en el perjudicado, en este caso el menor de edad, y una cuantía en relación con aquellos rendimientos económicos que el uso ilegítimo de su imagen haya generado. Esta cuantía de la indemnización será establecida por los Tribunales basándose en cuatro parámetros objetivos: las circunstancias del caso, la gravedad del daño, el medio de difusión en el que se haya producido y el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión con la intromisión<sup>176</sup>.

A la hora de analizar las circunstancias del caso para determinar la indemnización, indica la Fiscal GUTIÉRREZ MAYO que, concretamente en materia de intromisiones en redes sociales, se deberían aplicar criterios especiales tales como: el número de seguidores que tiene la cuenta en la que se publicó la imagen, la antigüedad de la cuenta, la periodicidad en las publicaciones, si es solo una imagen o también hay vídeos en los que se reconoce al titular del derecho, si el causante de la intromisión tiene perfil en varias plataformas diferentes, los comentarios (muchas veces ofensivos), número de visualizaciones... etc. Y, sobre todo, resalta el hecho de analizar aquellas facetas de la vida de los menores que aparecen expuestas afirmando que, a su parecer, no es lo mismo publicar una foto del bautizo o cumpleaños del menor que un vídeo en la que aparece cambiándose de ropa al

<sup>175</sup> Art. 9 LOPHII: “*Dos. La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados.*

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

<sup>176</sup> STS de 8 de julio 442/2010 (RJ: 2010/8002).

promocionar un producto. También habrá que atender al tipo de información del menor que se revela en la publicación como, por ejemplo, las enfermedades que tiene o el centro escolar al que acude<sup>177</sup>.

En cuanto a la gravedad el daño producido, la STS de 25 de febrero de 2009<sup>178</sup> afirma que los contenidos publicados vía *online* tienen “*mayor gravedad por ser como un texto escrito, y por consiguiente meditado*”. Es decir, a la hora de subir una imagen a redes no cabe la improvisación, ya que, en primer lugar, el usuario debe elegir la foto objeto de intromisión de la galería de su móvil u ordenador para después añadir si quiere, elementos informativos sobre la misma: un texto descriptivo, la ubicación, puede editar la imagen, ponerle filtros, etiquetar a otro usuario... es decir, realizar una serie de actos de los cuales no puede entenderse que la publicación sea impulsiva o improvisada, sino claramente meditada, con un proceso de preparación detrás, lo que hará aumentar la cuantía de la indemnización que en su caso proceda.

Por último, habrá que tenerse en cuenta también el beneficio económico que haya obtenido el causante de la lesión en los intereses del menor con la publicación.

Actualmente, la edad de los menores sobreexposados cuyos derechos están siendo vulnerados en redes no les permite aún ser conscientes de la gravedad de la situación. Son todavía muy pequeños, se encuentran lejos del pleno ejercicio de su capacidad jurídica y no pueden expresar aún una opinión madura sobre lo que esto supone para ellos. Además, la mayoría de ellos han nacido y se han criado en este tipo de entornos familiares, completamente conectados con el mundo de las redes sociales y la exposición sistemática de su vida, ya que en muchos de los casos sus padres se dedican a la creación de contenido, y es difícil pensar que puedan llegar a juzgar, cuestionar o criticar aspectos que han normalizado durante su propia crianza. Esto hace que, de momento, no contemos con jurisprudencia específica en esta materia.

Pero quizás, cuando crezcan, muchos de ellos no estarán conformes con la exposición que sus padres han hecho de su vida privada durante su niñez, considerando que puede perjudicarles en muchos aspectos de su vida (pensemos, por ejemplo, en el acceso a un puesto laboral o a la hora de establecer relaciones personales). Esto puede “*hacer pensar en una posible ola de reclamaciones judiciales en un futuro próximo*”<sup>179</sup> en la que los demandantes serán “*adultos que reclaman daños a sus padres (...), se hayan lucrado estos o no por la intromisión ilegítima en los derechos a la personalidad*”<sup>180</sup>.

## 7. El modelo de protección a los niños *influencers* en el Derecho francés

Como ya comentamos, existe una falta de regulación legal en España de la problemática relativa a los menores *influencers* sobreexposados en imágenes y vídeos en redes por sus progenitores, quienes obtienen beneficios económicos por esta actividad, dando lugar al nacimiento del fenómeno *sharenting*.

Acudiendo al Derecho comparado, observamos que en países como Francia esto no sucede, ya que se ha desarrollado en la legislación francesa una norma destinada a regular la explotación comercial de la imagen de los menores de 16 años en las redes sociales: La Ley 2020/1266 de 19 de octubre de 2020<sup>181</sup>.

<sup>177</sup> GUTIÉRREZ MAYO, Escarlata, 2016, *op.cit.*

<sup>178</sup> STS de 25 de febrero 123/2009 (RJ:2009/2788).

<sup>179</sup> FLORIT FERNÁNDEZ, Carmen, 2021, *Kidfluencers... op. cit.*, p.5.

<sup>180</sup> HERRERA DE LAS HERAS, Ramón y PAÑOS PÉREZ, Alba, 2022, *op. cit.*, p.96.

<sup>181</sup> LOI n° 2020-1266 du 19 octobre 2020 visant à encadrer l'exploitation commerciale de l'image d'enfants de moins de seize ans sur les plateformes en ligne. Disponible

Se trata de una norma novedosa y pionera en la materia a nivel europeo que considero resulta de interés que sea analizada para conocer cómo se regula la protección de los menores creadores de contenido en el país vecino, lo que podría servir de iniciativa y modelo de desarrollo legislativo para suplir el vacío legal existente en España.

En su contenido se pueden distinguir seis elementos clave de regulación<sup>182</sup> que aquí resumimos:

1. Declaración a la autoridad competente por parte de los padres del menor. En el art. 3.1 se establece que *“la difusión de la imagen de un niño menor de 16 años en un servicio de plataforma (...) cuando el niño es el sujeto principal, está sujeta a la declaración a la autoridad competente por parte de los representantes legales”*. Esta declaración de actividad se obtendrá siempre que si da una de estas circunstancias:
  - *“Si la duración acumulada o el número de estos contenidos supere un tiempo determinado”*, que será fijado por parte del Consejo de Estado francés.
  - *“Cuando la difusión de dicho contenido genere en beneficio del responsable de su creación, producción o difusión (...) ingresos directos o indirectos superiores a un umbral”* que será también fijado por parte del Consejo de Estado francés.
2. Solicitud a la autoridad para la monetización de contenidos. Los progenitores y las marcas que, por ejemplo, realicen colaboraciones publicitarias con el menor o monetizen vídeos por visitas en los que él sale, deberán solicitar una autorización a las autoridades francesas para asegurar su protección. *“Cuando la autoridad administrativa competente (...) observe que un contenido audiovisual se pone a disposición del público en una plataforma (...) sin tener en cuenta de la obligación de aprobación previa (...) o de la obligación de informar (...) podrá someter el asunto a la autoridad judicial en los términos y condiciones previstos reglamentariamente para que ésta ordene cualquier medida que pueda prevenir un daño inminente o poner fin a una perturbación manifiestamente ilícita”* (art.2).  
En caso de incumplimiento por falta de esta autorización pertinente, se prevén multas de hasta 75.000 euros, e incluso penas de prisión de hasta 5 años de duración.
3. Regulación de condiciones y tiempo de creación de contenido. Se limita el número de horas que el menor puede dedicarse a la creación de contenidos, y se establecen los horarios en los que estos deben ser grabados, con la condición de que estos puedan, en todo caso, ser compatibles con sus horarios escolares, ya que la normativa presta especial atención a la obligación del menor a acudir al centro escolar. Se indican también recomendaciones a los representantes legales del menor en cuanto a que sus grabaciones deben realizarse cumpliendo con las medidas adecuadas de higiene y seguridad (art. 3.2).  
La autoridad competente deberá informar a los progenitores sobre todas las cuestiones destinadas a salvaguardar la intimidad de los menores y garantizar que su actividad en redes sea compatible con su formación y desarrollo personal, así como informarles también de los riesgos para el menor, particularmente psicológicos, de la difusión de vídeos e imágenes en los que aparezca.
4. Retención de los beneficios obtenidos por el menor. Para evitar que las empresas y los progenitores se enriquezcan indebidamente a costa de la monetización de los contenidos creados por menores *influencers*, la citada ley exige que aquellos beneficios que superen el umbral establecido por el Consejo de Estado deban ser guardados o retenidos hasta que estos

en:[https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042439054#:~:text=de%20moins%20...,LOI%20n%2%B0%202020%2D1266%20du%2019%20octobre%202020%20visant,les%20plateformes%20en%20ligne%20\(1\).](https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042439054#:~:text=de%20moins%20...,LOI%20n%2%B0%202020%2D1266%20du%2019%20octobre%202020%20visant,les%20plateformes%20en%20ligne%20(1).)

<sup>182</sup> HERRERA DE LAS HERAS, Ramón y PAÑOS PÉREZ, Alba, 2022, *op. cit.*, p.128.

alcancen la mayoría de edad. Así, estas cantidades “*se abonarán sin demora a la Caisse des Dépôts et Consignations*”<sup>183</sup> y será gestionados por esta caja hasta que el hijo alcance la mayoría de edad o, en su caso, la fecha de emancipación”. Se prevé que “una parte de los ingresos, determinada por la autoridad competente, pueda dejarse a disposición de los representantes legales del niño” aunque la norma general es que no se permitirá la retirada de las cantidades consignadas salvo en casos excepcionales o de emergencia (art. 3.3).

5. Revocación del consentimiento. En el art. 6 la ley señala que “*no se requiere el consentimiento de los titulares de la patria potestad para el ejercicio, por un menor, del derecho de supresión de datos personales*”, lo que permite que los menores de 16 años puedan proceder a la cancelación de los contenidos de redes en los que aparezcan sin contar con autorización alguna por parte de sus padres.
6. Exigencia a las plataformas de informar a sus usuarios. En el art. 4<sup>184</sup> se despliegan una serie de aspectos que las redes sociales deben indicar a sus usuarios en cuanto al contenido de menores de edad. Sin embargo, no se aparece sanción alguna aplicable a aquellas plataformas *online* que incumplen esta obligación cosa que, sin embargo, si se prevé estrictamente para los progenitores y empresas.

Lo que se busca con esta ley es fomentar que cobre interés el hecho de que los menores, ayudados por sus progenitores, puedan crear contenido en redes porque realmente disfrutaran en familia durante su realización y no por el hecho de ganar dinero o trabajar. Siendo conscientes de que, con esta actividad inevitablemente se están obteniendo beneficios a través de las redes, lo que buscan las autoridades francesas es proteger al menor impidiendo que sus progenitores puedan enriquecerse de o aprovecharse de su creación de contenido a través de la explotación de su propia imagen e intimidad personal.

Se trata de una normativa que considero acertada para tratar una realidad que existe en las redes sociales actualmente, cuyas consecuencias no se vislumbran todavía, pero que, a largo plazo, derivará en un problema mayor que necesitará de soluciones legales en las que poder ampararse. Es tan solo

<sup>183</sup> La Caisse des Dépôts et Consignations o Fondo de Depósitos y Consignas es una institución especial francesa con funciones legalmente delegadas que se encarga de administrar los depósitos y consignaciones de las cantidades en ella realizadas, asegurando la prestación de servicios de las cajas o fondos financieros.

<sup>184</sup> Art. 4: *Los servicios de plataformas (...) adoptan cartas que tienen como objetivo particular:*  
 1° *Promover la información de los usuarios sobre las disposiciones de carácter legislativo o reglamentario aplicables a la difusión de imágenes de niños menores de dieciséis años a través de sus servicios y sobre los riesgos, en particular psicológico, asociado a la difusión de esta imagen.*  
 2° *Promover la información y la sensibilización, en colaboración con las asociaciones de protección de la infancia, de los menores de dieciséis años sobre las consecuencias de la difusión de su imagen en una plataforma de intercambio de vídeos, en su vida privada y en términos de riesgos psicológicos y jurídicos. sobre los medios de que disponen para proteger sus derechos, su dignidad y su integridad moral y física.*  
 3° *Fomentar la denuncia, por parte de sus usuarios, de contenidos audiovisuales protagonizados por niños menores de dieciséis años que atenten contra su dignidad o su integridad moral o física.*  
 4° *Tomar cualquier medida útil para impedir el tratamiento con fines comerciales, como la elaboración de perfiles, la elaboración de perfiles y la publicidad basada en el comportamiento objetivo, de los datos personales de menores que serían recopilados por sus servicios durante la publicación en línea por parte de un usuario de contenidos audiovisuales que contenga a un menor;*  
 5° *Mejorar, en colaboración con las asociaciones de protección de la infancia, la detección de situaciones en las que la producción o difusión de dichos contenidos lesionaría la dignidad o la integridad moral o física de los menores de dieciséis años que presenten.*  
 6° *Facilitar el ejercicio, por los menores, del derecho de supresión de datos personales previsto en el artículo 51 de la Ley n° 78-17, de 6 de enero de 1978, relativa a la informática, los archivos y las libertades, e informarles, de forma clara y términos precisos, fácilmente comprensibles para ellos, de los métodos de aplicación de este derecho.*

un ejemplo que podría instaurarse de forma similar en España ante el vacío legal todavía presente en este ámbito.

#### IV. CONCLUSIONES

El desarrollo y análisis pormenorizado de todos los aspectos expuestos en ese trabajo de investigación nos hace llegar a las siguientes conclusiones generales:

Actualmente existe una tendencia por parte de algunos usuarios de compartir de forma habitual y recurrente todos los aspectos de su vida privada en redes sociales, plasmados en imágenes y vídeos. Pueden ser los propios menores quienes accedan a las redes y publiquen contenido que llegue a atentar contra sus derechos a la imagen e intimidad, pero la situación se agrava cuando son terceros, incluso sus representantes legales, quienes comparten publicaciones que pueden constituir una intromisión ilegítima prevista en el art. 7 LOPHII, atentando contra el interés superior del menor.

El legislador ha entendido que la madurez necesaria ligada a la capacidad del menor, que dará lugar a la válida prestación del consentimiento se presumirá adquirida a los 14 años, y en caso contrario, este consentimiento deberá ser prestado por sus representantes legales o por el Ministerio Fiscal. Será entonces a los 14 años la edad legal para que los menores puedan crear su perfil en redes sociales y publicar contenido en ellas.

Sin embargo, la ausencia de mecanismos de verificación de edad hace que en el momento en que cualquier persona se descargue la *app*, asuma automáticamente sus condiciones de uso establecidas y ya sea un menor o un mayor de 14 años, sea tratado como cualquier otro usuario, en condiciones de adulto. Además, analizando los términos de uso de estas plataformas nos damos cuenta de que no presentan sistemas severos de control digital ni límites a la publicación de contenidos, lo que favorece el alojamiento de imágenes y vídeos que atenten contra los derechos personales de los menores de edad.

Muchas veces son los progenitores del menor quienes suben este tipo de publicaciones en redes. En un contexto de padres separados o divorciados, el hecho cotidiano de colgar una foto del menor se puede llegar a judicializar si uno de ellos revoca su consentimiento prestado frente al otro en cuanto a la disposición de la imagen del menor en un medio digital, ya que la premisa es que se debe contar con el consentimiento de ambos. Será entonces el juez quien analice las circunstancias concretas según la casuística y decida si procede mantener la publicación del contenido o si este debe retirarse porque supone un perjuicio para el menor.

Cuando los padres y madres definen su identidad en redes en base a la crianza y centran su actividad en redes como un verdadero desempeño laboral a través de la sobreexposición de la intimidad hijos obteniendo rendimientos económicos, nace el fenómeno *sharenting*. El problema es que no existe una legislación específica en España que regule la condición de estos menores a los que sus padres han convertido en pequeños *influencers*, que vienen desarrollando un trabajo en cuanto a la explotación y uso de su imagen comercial dando lugar, en ocasiones, a una verdadera intromisión ilegítima en sus derechos a la propia imagen e intimidad.

Hemos tenido que acudir a la legislación francesa para examinar la Ley 2020/2016 de 19 de octubre de 2020 y mostrar un modelo de regulación adecuada de la actividad prestada por los menores de 16 años creadores de contenido. Es tan solo un ejemplo que podría instaurarse de forma similar en España ante el vacío legal todavía existente en este ámbito, si bien tendremos que esperar a la entrada en vigor en el año 2024 del RD *por el que se regulan los requisitos a efectos de ser considerado usuario de especial relevancia* para poder analizar si, por fin, se consigue un amparo normativo sólido que proteja debidamente del *sharenting* a los niños creadores de contenido en España y poder regularizar, de algún modo, su actividad prestada en redes.

Considero que, en un futuro próximo, cuando estos menores crezcan, sean conscientes de la sobreexposición que sus padres han hecho de su vida privada durante su niñez y analicen los perjuicios que esto puede acarrearles en diferentes aspectos de su vida, tendrán lugar muchas reclamaciones judiciales frente a sus progenitores por la intromisión que han causado en sus derechos, y procederemos nosotros, como abogados, a asesorarlos jurídicamente en sus decisiones.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABERG, Erica y HUVILA, Jarna, 2019. Hip children, good mothers—Children’s clothing as capital investment? *Young Consumers Magazine*, N°20, pp.153-166.
- ALBALADEJO, Manuel, 2007. *Compendio de Derecho Civil*, Bosch.
- ARANDA SERNA, Francisco José, 2021. *Derecho y nuevas tecnologías. La influencia de Internet en la regulación de los derechos de la personalidad y los retos digitales en el ordenamiento jurídico español*, Dykinson S.L.
- BASTANTE GRANELL, Víctor, 2021. *Patria potestad, hijos y teléfonos móviles. Control y mediación paternal*, Aranzadi.
- BATUECAS CALETRÍO, Alfredo, 2015. Intimidad personal, protección de datos personales y geolocalización, *Derecho Privado y Constitución*, n°29.
- BLUM-ROSS, Alicia, y LIVINGSTONE, Sonia, 2017. “Sharenting”, parent blogging and the boundaries of the digital self. *Popular Communication*, n°15.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio, 2020. La lesión por medios digitales de la personalidad pretérita del fallecido, *Revista de Derecho Civil*, n°5.
- CARRETERO SÁNCHEZ, Santiago, 2014. Las redes sociales y su impacto en el ataque a los derechos fundamentales, aproximación general. *Diario La Ley*, n°8319.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, 1952. Los derechos de la personalidad. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n° 2.
- CASTILLA BAREA, Margarita, 2011. *Las intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen. Estudio de las circunstancias que legitiman la intromisión en la LO 1/1982 de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho a Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi.
- COMISIÓN EUROPEA, 2022, Estrategia en favor de una Internet más adecuada para los niños, *Better Internet for Kids (BIK+)*. Disponible en <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/digital-decade-children-and-youth-new-european-strategy-better-internet-kids-bik>.
- CUATRECASAS, 2023. “¿Quiénes serán influencers bajo la LGCA?” Análisis del Proyecto de RD que regula los requisitos para ser “usuario de especial relevancia” a efectos de la Ley General de Comunicación Audiovisual. Disponible en: <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/propiedad-intelectual/art/quienes-seran-influencers-bajo-lgca>
- DE PALMA DEL TESO, Ángeles, 2006. *Administraciones públicas y protección de la infancia: en especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, Estudios y documentos, Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid.

- DÍEZ-PICAZO, Luís y GULLÓN, Antonio, 2012. *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Tecnos, vol. I, duodécima edición.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M<sup>a</sup>. Ángeles, 2004. Derecho a la propia imagen del menor. *Revista de Actualidad Civil*, nº7.
- FLORIT FERNÁNDEZ, Carmen, 2021. Kidfluencers, menores de edad emancipados autónomos en Internet. *Revista de Actualidad Civil*, nº2.
- FLORIT FERNÁNDEZ, Carmen, 2022. *Los Menores e Internet. Riesgos y Derechos*, 1ª Edición, Bogotá, J.M Bosch Editor.
- GARCÍA GARCÍA, Ainoa, 2021. La protección digital del menor: El fenómeno del sharenting a examen. *Revista de Derecho UNED*, nº27.
- GARCÍA GARNICA, María del Carmen, 2010. *Curso de Protección jurídica del menor*, Universidad de Granada, departamento de Derecho Civil. Disponible en: <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/4393/CURSO%20PROTECCION%20DEL%20MENOR.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, 2018. *Los menores de edad en los entornos digitales: las funciones de los padres y los tutores, Derechos fundamentales de los menores: desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia*, J. Sole Resina y Vinicius Almada, M. (coords.), Dykinson.
- GIL ANTÓN, Ana María, 2013. *El derecho a la propia imagen del menor en Internet*. 1ª Edición, Madrid, Dykinson.
- GIL GONZÁLEZ, Elena, 2017. Big Data y datos personales: ¿Es el consentimiento la mejor manera de proteger nuestros datos?, *Diario La Ley*, nº 9050.
- GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel, 1962. *Imagen (derecho a la propia)*. Nueva enciclopedia jurídica. Barcelona, tomo nº11.
- GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel, 1990. El derecho a la propia imagen, hoy. *Homenaje a Vallet de Goytisolo*, vol. VI, Madrid, pp. 219 y 220.
- GÓMEZ CALLE, Esther, 1992. *La responsabilidad civil de los padres*, Editorial Montecorvo, Madrid.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, 2016. La llamada “personalidad pretérita”: Datos personales de las personas fallecidas y protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen. *Revista de Actualidad jurídica iberoamericana*, nº5, pp. 201-238.
- HERNÁNDEZ SERRANO, María José; RENÉS-ARELLANO, Paula; CAMPOS ORTUÑO, Rosalynn y GONZÁLEZ LARREA, Belén (2021). Privacidad en redes sociales: análisis de los riesgos de auto-representación digital de adolescentes españoles, *Revista Latina de Comunicación Social*, nº79. Disponible en:

[https://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/12874/PDF\\_Espa%C3%B1ol.pdf?sequence=2](https://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/12874/PDF_Espa%C3%B1ol.pdf?sequence=2)

- HERNÁNDEZ, Francisco, 2007. *El interés del menor*. Madrid, Dykinson.
- HERRERA DE LAS HERAS, Ramón y PAÑOS PÉREZ, Alba, 2022. *La privacidad de los menores en redes sociales. Especial consideración al fenómeno influencer*. Atelier Civil Libros Jurídicos.
- HOLZER, Natalia, 2017. Oversharing: padres que comparten en exceso en redes sociales. Dimensiones éticas y antropológicas de la cuestión. *Revista Palabra*, nº1, pp. 92-106.
- IAB SPAIN, 2022. *VI Estudio de Redes Sociales*.
- JIMÉNEZ IGLESIAS, Estefanía, *et.al*, 2021. Exposición de menores en Instagram: instamadres, presencia de marcas y vacío legal. *Revista Mediterránea de Comunicación/Mediterranean Journal of Communication*, nº 13, pp. 51-63.
- JORGE, Ana, *et. al*, 2022. Mummy influencers and professional sharenting. *European Journal of Cultural Studies*, vol. 25, nº1, pp. 166-182. Disponible en: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/13675494211004593>
- LACRUZ BERDEJO, José Luís, 2010. *Elementos de Derecho Civil*, Dykinson.
- LITTLER, Jo, 2017. *Against meritocracy: Culture, power and myths of mobility*. Taylor & Francis.
- LÓPEZ ORTEGA, Juan José, 2004. Intimidad informática y Derecho Penal: la protección penal de la intimidad frente a nuevas tecnologías de la información y comunicación. *Cuadernos de derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, nº9.
- LORENTE LÓPEZ, María Cristina, 2015. *Los derechos al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y Propia imagen del menor*. Primera Edición, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi.
- LUCÁN, M<sup>a</sup>. Ángeles, 2015. *La voluntad y el interés de las personas vulnerables*, Madrid, Editorial Jurídica Ramón Areces.
- MACÍAS CASTILLO, Agustín, 2008. El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen, *Diario La ley*, Madrid, nº6913, pp.5-9.
- MACÍAS CASTILLO, Agustín, 2009. La protección civil del derecho a la propia imagen de los menores inmigrantes. *Corintios XIII: Revista de teología y pastoral de la caridad*, nº131.

- MARTÍNEZ CALVO, Javier, 2015. La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015 de Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. *Revista La Actualidad jurídica iberoamericana*, nº3.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Rodrigo, 2013. Menores y redes sociales. Condiciones para el cumplimiento del art. 13 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, *Derecho y Redes sociales*, R. Rallo Lombarte y A. Martínez Martínez (eds.). Navarra, Editorial Civitas.
- MARTÍNEZ OTERO, Juan María, 2016. Derechos fundamentales y publicación de imágenes ajenas en las redes sociales sin consentimiento. *Revista Española de Derecho Constitucional*.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luís, 2010. *El Principio de Libre Desarrollo de la Personalidad en el Ámbito Privado*, Navarra, Thomson Reuters.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto, 2019. Factores de habilitación o limitación del ejercicio de los derechos del menor a la intimidad, honor y propia imagen: el grado de madurez y el interés superior del menor de 14 o más años. *La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica Sobre Familia y Menores*, nº 23, pp.1-14.
- MORENO BOBADILLA, Ángela, 2017. *Intimidad y menores*, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- NAVARRO ORTEGA, Asensio y DURÁN RUÍZ, Francisco Javier, 2018. La protección jurídico-administrativa del menor y frente al menor en redes sociales y servicios de mensajería instantánea. *Desafíos de la protección de menores en la sociedad digital: Internet, redes sociales y comunicación*, F. J. Durán Ruiz (dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 341-383.
- O'CALLAGAN MUÑOZ, Xavier, 1996. Personalidad y derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen) del menor, según la Ley de Protección del Menor, *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía La Ley*, nº4, pp. 1247-1251.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, 2008. *Compendio de Derecho Civil*, Dijusa, tomo I, p. 266.
- OBSERVATORIO NACIONAL DE TECNOLOGÍA Y SOCIEDAD, 2022. Estudio *El uso de la tecnología por los menores en España*. Disponible en <https://www.ontsi.es/sites/ontsi/files/202202/usotecnologiamenoresespa%C3%B1a2022.pdf>
- PAÑOS PÉREZ, Alba, 2012. El interés del menor como criterio para determinar la ilegitimidad de la intromisión en los derechos del honor, la intimidad y la propia imagen del menor. *Revista de Actualidad Civil*, nº8, pp. 249-299.

- PERLA VELAOCHAGA, Ernesto, 1994. *El derecho a la propia imagen*, Derecho PUCP.
- PLANAS BALLVÉ, María, 2020. Sharenting: Intromisiones ilegítimas del derecho a la intimidad de los menores de edad en las redes sociales por sus responsables parentales. *CEFLegal, Revista práctica de Derecho*, nº 228, pp. 37–66. Disponible en <https://revistas.cef.udima.es/index.php/ceflegal/article/view/9695/9423->
- QUSTODIO, 2019. Informe año 2019: *Menores e Internet, la asignatura pendiente de los padres españoles*.
- RODRIGUES DA CUNHA E CRUZ, Marco Aurelio, 2009. El concepto constitucional del derecho a la propia imagen en Portugal, España y Brasil. *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, vol. 11, nº22, pp. 17-50.
- RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María Goñi, 2020. Relaciones paterno-filiales. La patria potestad. *Guía de Derecho Civil, Teoría y práctica*, Thomson Reuters Aranzadi, 2ª Edición, Tema V.
- ROVIRA- SUEIRO, María Esther, 2000. *El derecho a la propia imagen, especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito*. Colección de Estudios de Responsabilidad Civil, Granada, Editorial Comares.
- RUÍZ TOMÁS, Pedro, 1931. Ensayo sobre el derecho a la propia imagen. *Revista general de legislación y jurisprudencia*.
- SÁNCHEZ – CALERO ARRIBAS, Blanca, 2011. *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de los menores e incapacitados*. Valencia, Tirant lo Blanch, pp.158-160.
- SÁNCHEZ – CALERO, Francisco Javier (coord.), 2006. *Curso de Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la Persona*. Tercera Edición, Valencia, Tirant lo Blanch.
- TORAL LARA, Estrella, 2020. Menores y redes sociales: consentimiento, protección y autonomía. *Revista Derecho Privado y Constitución*, nº36, pp.179-218. Disponible en: <file:///C:/Users/USER/Downloads/Dialnet-MenoresYRedesSociales-7514309.pdf>
- TORRES ROMAY, Emma, y GARCÍA MIRÓN, Silvia, 2020. Sharenting: análisis del uso comercial de la imagen de los menores en Instagram. *Revista de Marketing Aplicado RedMarka*, nº24, pps. 160-179.
- TRUENDY.COM y ASOCIACIÓN DE BLOGS DE MODA (AEBDM), 2012. Estudio sociológico de los blogs de moda. Disponible en: <https://docplayer.es/7905007-Estudio-sociologico-de-blogs-de-moda-y-belleza-espana-2012-realizado-por-truendy-com-en-colaboracion-con-la-asociacion-espanola-de-blogs-de-moda.html>

- VELILLA ANTOLÍN, Natalia, 2017. Patria potestad digital. *Revista jurídica de Derecho de Familia de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria*, nº7, pp. 3-16. Disponible en: <https://www.ajfv.es/wp-content/uploads/2017/11/LIBRO-DE-FAMILIA-NOV-17.pdf>
- VILLANUEVA TURNES, Alejandro, 2017. El derecho a la intimidad y el consentimiento de los menores de edad. Especial referencia a las redes sociales. *Revista boliviana de derecho: RBD*, nº23, pp. 208-221.

## APÉNDICE LEGISLATIVO

### ➤ **NORMATIVA ESPAÑOLA**

- Constitución Española de 1978. (BOE-A-1978-31229).
- LO 1/1982 de 5 de mayo, *de Protección Civil del Derecho al honor, intimidad personal y a la propia imagen*. (BOE-A-1982-11196).
- Real Decreto 1435/1985 *por el que se regula la relación laboral de los artistas en espacios públicos*. (BOE-A-1985-17303).
- LO 1/1996 de 15 de enero, *de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. (BOE-A-1996-1069).
- Ley 20/2007 de 11 de julio, *del Estatuto del Trabajo Autónomo*. (BOE-A-2007-13409).
- Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*. (BOE-A-2015-11430).
- LO 3/2018 de 5 de diciembre, *de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*. (BOE-A-2018-16673).
- Ley 8/2021 de 2 de junio, *por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*. (BOE-A-2021-9233).
- LO 8/2021 de 4 de junio, *de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*. (BOE-A-2021-9347).
- Ley 13/2022 de 7 de julio, *General de comunicación audiovisual*. (BOE-A-2022-11311).
- Proyecto de Real Decreto XX *por el que se regulan los requisitos a efectos de ser considerado usuario de especial relevancia según lo dispuesto en el artículo 94 de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual*.

### ➤ **NORMATIVA COMUNITARIA**

- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 *relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*.
- Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo *por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de*

*servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado.*

- *Directiva UE 770/2019, de 20 de mayo, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios sociales.*

➤ **NORMATIVA FRANCESA**

- *Ley francesa 2020/1266 de 19 de octubre por la que se regula la explotación comercial de imágenes de niños menores de dieciséis años en plataformas en línea.*

## **APÉNDICE JURISPRUDENCIAL**

### **➤ TRIBUNAL SUPREMO**

- Auto TS de 23 de noviembre de 1999 (ROJ: ATS:1422/1999).
- STS de 12 de julio 784/2004 (RJ: 2004/4341).
- STS de 25 de febrero 123/2009 (RJ:2009/2788).
- STS de 8 de julio 442/2010 (RJ: 2010/8002).
- STS de 9 de octubre 9/2013 (RJ:2013/926).
- STS de 21 de enero 926/2013 (RJ:2013/926).
- STS de 30 de junio 385/2015 (RJ:2015/2661).
- STS de 21 de abril 266/2016 (ROJ: STS:1779/2016).
- STS de 21 de junio 746/2016 (ROJ: STS:5527/2016).

### **➤ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

- STC 99/1994 de 11 de abril (RTC: 1994/99).
- STC 117/1994 de 25 de abril (RTC:1994/117).
- STC 231/1998 Caso Paquirri.
- STC de 15 julio 134/1999 (RTC:1999/134).
- STC de 29 de septiembre 151/1997 (RTC:1997/151).
- STC de 17 de octubre 197/1991 (RTC: 1991/197).
- STC de 2 de julio 156/2001 (RTC: 2001/156).
- STC de 28 de enero 14/2003 (RTC: 2003/14).
- STC de 30 de junio 127/2003 (RTC:2003/127).
- STC de 1 de marzo 176/2007 (RTC: 2007/176).

### **➤ AUDIENCIA PROVINCIAL**

- SAP de Madrid de 6 de julio de 2017 266/2017.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 6 de julio de 2018 (JUR:2018/273525).
- SAP de Asturias de 13 de marzo de 2019.
- SAP de Madrid de 29 de junio de 2020 520/2020 (JUR: 2020/244108).
- SAP de A Coruña de 17 de enero de 2022 (JUR:2022/78525).