



UNIVERSIDAD MIGUEL HERNANDEZ

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche

Trabajo Fin de Grado en Derecho

Curso Académico 2020-2021

**TUTELA CIVIL DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES
DERIVADA DE SU EXPOSICIÓN EN *YOUTUBE* CON
ARREGLO A LA LEY ORGÁNICA 1/1982, DE 5 DE MAYO**

Autor

Abel Alfredo Feito Cano

Directora

María Remedios Guilabert Vidal

INDICE

| | |
|---|----|
| 1. INTRODUCCIÓN..... | 2 |
| 2. EL FENÓMENO YOUTUBER..... | 4 |
| 2.1. Causas del fenómeno <i>youtuber</i> | 5 |
| 2.2. La exposición de menores en <i>Youtube</i> : tipos de canales y riesgos..... | 8 |
| 3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MENORES EN LAS PLATAFORMAS <i>ONLINE</i> DE CONTENIDO AUDIOVISUAL..... | 12 |
| 3.1. El derecho al honor, la intimidad y la propia imagen de los menores en plataformas <i>online</i> de contenido audiovisual..... | 12 |
| 3.1.1. La delimitación del derecho al honor..... | 14 |
| 3.1.2. La delimitación del derecho a la intimidad personal y familiar..... | 16 |
| 3.1.3. La delimitación del derecho a la propia imagen..... | 19 |
| 3.1.4. La colisión con otros derechos fundamentales en la Red..... | 21 |
| 3.1.5. Capacidad del menor en relación con los derechos al honor, intimidad y propia imagen..... | 26 |
| 3.2. El Derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. La capacidad del menor para acceder a <i>Youtube</i> | 30 |
| 4. RÉGIMEN DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL DERECHO DE HONOR, INTIMIDAD PERSONAL, FAMILIAR Y PROPIA IMAGEN..... | 33 |
| 4.1. Conductas generadoras de responsabilidad civil, intromisiones ilegítimas..... | 37 |
| 4.2. Régimen especial de protección civil de los menores de edad..... | 41 |
| 4.3. Tutela civil frente a las intromisiones ilegítimas de los derechos de la personalidad..... | 45 |
| 5. CONCLUSIONES..... | 53 |
| 6. BIBLIOGRAFÍA..... | 55 |
| 7. JURISPRUDENCIA..... | 60 |

1. INTRODUCCIÓN

Las nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICS) han revolucionado la manera de acceder al conocimiento, y las relaciones humanas. Las personas han integrado el uso de Internet y las distintas aplicaciones que en ésta se encuentran, como medio habitual para el desarrollo de la vida social, la educación, el entretenimiento o el trabajo, ampliándose con ello las posibilidades comunicativas.

Esta tecnología ha proporcionado las herramientas mediante las que se posibilita estar permanentemente conectado con otras personas, independientemente del momento o el lugar del mundo en el que se encuentren los usuarios.

Las redes sociales como *Facebook*, *Instagram*, *Tik Tok* o *Youtube* no solo han cumplido la razón principal que propicio su génesis, favoreciendo la interrelación entre personas a través de Internet, sino que han cambiado la forma de comunicarse y relacionarse. Los comunicantes han pasado de realizar una actividad pasiva como consumidores de vídeos, a ejercer una actividad dual, donde pueden ser al mismo tiempo consumidores de los contenidos que se alojan en la plataforma, y creadores de material audiovisual que serán visualizados por otras personas.

Estas redes sociales han cambiado las formas de comunicación, de manera que, dentro de esta sociedad virtual, las personas han normalizado expresarse de forma pública a través de vídeos, donde difunden sus propias opiniones personales, publican datos o información de carácter íntimo, su imagen y voz, así como muestran espacios en principio reservados a la esfera privada, como sería el caso del hogar familiar.

De esta forma, las TIC han modificado sustancialmente el concepto social de intimidad y privacidad, el cual ya no puede ser entendido bajo su concepción tradicional anterior a la revolución tecnológica. Por tanto, la línea que diferencia entre el ámbito de lo privado y lo público ha quedado desdibujada, haciendo difícil afirmar que aquello que es lo socialmente aceptado como íntimo o privado.

Algunos de estos menores de edad, han presenciado desde su más tierna infancia como sus progenitores publican diariamente en la Red aspectos de su vida privada, así como relativos a la propia unidad familiar o incluso de sus hijos, como el caso de las *Instamamis* o los canales familiares de *Youtube*, los denominados *Family Channels*.

En consecuencia, los menores que han crecido en este entorno digital han normalizado este comportamiento social llevado a cabo por sus progenitores, pasando un buen número de ellos a emular el comportamiento observado por sus padres, así como el comportamiento de otros *Youtubers* o *Influencers* de cierta notoriedad, los cuales se han convertido en ídolos de masas.

Esta exposición pública en la Red, a la que se ven abocados los menores, entraña diferentes tipos de riesgos, siendo el más inmediato la vulneración de su

intimidad derivado de la mera exhibición pública. Asimismo en este ámbito podemos citar fenómenos como el *sexting*, el *ciberbullying* o el *child grooming*.

Además de lo anterior, a través de esta actividad en la red, puede tener lugar la vulneración del derecho fundamental al honor, la intimidad personal y familiar de los menores. Estos derechos se encuentran estrechamente vinculados al desarrollo de la personalidad del individuo y a su dignidad, guardando una gran trascendencia en relación con su libre desarrollo.

Es por ello que, en el caso de los menores de edad, estos derechos cobran una especial importancia dado el extraordinario efecto lesivo que un ataque sobre ellos puede producir con ocasión de la exposición pública en *Youtube*.

Siendo esta casuística de reciente y novedosa aparición, nuestro estudio se centrará en analizar si el marco jurídico dispensado para la protección y tutela civil de estos derechos, resulta adecuado y se ajusta al especial amparo requerido en el caso de los menores de edad en este nuevo entorno digital.

Asimismo, estudiaremos si el ejercicio de la patria potestad es legitimación suficiente, para que los progenitores puedan realizar actos de disposición sobre estos derechos titularidad de sus hijos, en el ámbito de de *Youtube*, o si por el contrario existe algún tipo de restricción o condición a dichas facultades.

Al tratarse de menores de edad, a su vez, abordaremos el papel que juega en relación con lo anterior el Ministerio Fiscal, las funciones y garantías que tiene encomendadas, así como las acciones que en su caso podrá ejercitar para la protección de los derechos estudiados de la personalidad de los menores.

Del mismo modo, analizaremos las características de la tutela civil de protección de estos derechos, que el ofendido puede ejercitar para recabar las garantías reconocidas legalmente. Igualmente se expondrán los mecanismos especialmente dispuestos para la restitución de los perjudicados, la indemnización de daños y perjuicios, y la prevención de futuros o inminentes ataques lesivos.

2. EL FENÓMENO YOUTUBER

El día 14 de febrero de 2005 fue activado en Internet el dominio de *Youtube*., Probablemente por aquel entonces los jóvenes Chad Hurley, Steve Chen y Jawed Karim, creadores del portal, no podrían imaginar la repercusión a nivel mundial alcanzada hoy en día del por aquel entonces proyecto para la creación de un portal para el alojamiento de videos en la *web*, llevado a cabo por tres ingenieros del servicio de pago *online Paypal*¹.

De esta forma, el 23 de abril del mismo año fue cargado el primer vídeo de la historia de la plataforma, *Me at the Zoo*, el cual a día de hoy dispone de más de 160 millones de visualizaciones². No obstante, fue en octubre de ese mismo año cuando la empresa deportiva *Nike* alojó un *spot* publicitario, momento en el que se empezó a tomar conciencia del potencial comercial del servicio³.

Así las cosas, en octubre de 2006, tan solo un año y medio después de su creación, *Youtube* fue adquirida por *Google* por un precio de 1.650 millones de dólares americanos⁴. Hoy en día, más de una década después, *Youtube* dispone de más de 2 billones de usuarios mensuales activos, 30 millones con actividad diaria, más de 1 billón de videos reproducidos y más de 500 horas de videos subidas diarias, además de ser el segundo sitio web más visitado del mundo, solo por detrás del buscador *Google*.⁵

La actividad principal de *Youtube* consiste en el alojamiento de contenido audiovisual en los servidores de la plataforma. Este servicio consta de dos tipos básicos de usuarios, aquellos que publican contenido y aquellos que lo visualizan. La principal característica y la revolución que supuso en su día, es que cualquier persona puede crear su propio canal diferenciado en la plataforma y publicar en él sus vídeos. Por contraparte, cualquier usuario puede acceder los videos alojados en la plataforma⁶.

El segundo aspecto que diferencia la plataforma de un simple servicio de alojamiento y reproducción de videos, es la función de red social. Los usuarios, tanto creadores del contenido audiovisual como los que lo visualizan, interactúan entre sí, mediante comentarios *likes*, *dislikes*, a través de los cuales se comparten opiniones, posturas, pueden realizar votaciones etc.⁷.

¹ Pérez Rufi, J.P.: “La actualidad en Youtube: claves de los videos más vistos durante un mes”, *Gloval Media Journal*, Vol. 9, núm. 17, pp.44-46.

² <https://www.youtube.com/watch?v=jNQXAC9IVRw>, consultado el 12.04.2021.

³ <https://www.europapress.es/portaltic/internet/noticia-youtube-cumple-15-anos-historia-futuro-plataforma-2000-millones-usuarios-20200214184715.html>, consultado el 12.04.2021.

⁴ [⁵ <https://www.omnicoreagency.com/youtube-statistics/>, consultado el 12.04.2021.](https://www.elmundo.es/tecnologia/2016/10/07/57f7a180ca474172618b45fc.html#:~:text=Hace%20diez%20a%C3%B1os%2C%20el%20gigante,este%20tipo%20m%C3%A1s%20r%C3%A1pidamente%20pactados, consultado el 12.04.2021.</p></div><div data-bbox=)

⁶ <https://webescuela.com/youtube-que-es-como-funciona/>, consultado 16.04.2021.

⁷ Pérez Rufi, J.P., *op. cit.*, pp.47-48.

En adición a lo anterior, debemos hacer especial mención a los vídeos virales, que poseen alguna particularidad haciéndolos especialmente llamativos y que los usuarios comparten masivamente propiciando su difusión a extraordinaria velocidad. Estas circunstancias explican en el éxito de la plataforma⁸.

El auge de *Youtube* también encuentra parte de su justificación por la aparición y evolución tecnológica de los *smartphones*, su democratización y disponibilidad entre toda la población. A través de estos dispositivos se ha alcanzado la conectividad permanente, inmediatez de producción y acceso al contenido, que en nuestra opinión se configuran como las claves del fenómeno *Youtube*⁹.

2.1. Causas del fenómeno *youtuber*

Como hemos visto, las empresas se percataron rápidamente de la poderosa herramienta de publicidad y marketing que es *Youtube*. Este extremo conjugado con la inmediatez y accesibilidad para que cualquier persona pueda publicar cualquier tipo de contenido, o visualizarlo en cualquier lugar, hacen de *Youtube* una de las plataformas más rentables para dirigir la inversión publicitaria y captar al a un público cada vez más joven¹⁰.

De modo que el ánimo de lucro puede apuntarse como una de las principales causas de la aparición del fenómeno *Youtuber*, y la profesionalización de los creadores de contenido al comenzar a recibir ingresos a consecuencia de la actividad en la plataforma¹¹.

Estos ingresos provienen por un lado de la monetización de los vídeos, posibilidad que ofrece la propia plataforma mediante la aplicación *Google AdSense*, a través de la cual satisface una contraprestación por el alojamiento de cuñas publicitarias incrustadas en éstos¹².

Otra vía para la obtención de ingresos por parte de los creadores de contenido en la red fuera de la plataforma de *Youtube*, pero muy relacionada con ella, es el caso de la plataforma *streaming Twitch*. La diferencia radica en que los *streamers* realizan retransmisiones en directo en lugar de subir videos previamente gravados. Esta

⁸ Dafonte Gómez, A.: “Claves de la publicidad viral: De la motivación a la emoción en los vídeos más compartidos”, *Comunicar, Revista Científica de Comunicación y Educación*, núm. 43, 2014, pp. 200-201.

⁹ Pérez Escoda, A.: “Uso de Smartphones y redes sociales en alumnos/as de educación primaria”, *Prisma Social: Revista de investigación social*, núm. 20, 2018, pp. 80-83.

¹⁰ López Villafranca, P./Olmedo Salazar, S.: “Menores en Youtube, ¿ocio o negocio? Análisis de casos en España y EUA”, *El profesional de la información*, v.28, núm. 5, 2019, p.2, disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/290494657.pdf>, consultado el 13.05.2021.

¹¹ Según la *Oxford English University*, *Youtuber* es; “aquella persona que sube, produce o aparece en la web de videos en *Youtube*”. Por tanto podemos entender como *Youtuber* pude a todo aquel que crea o sube videos a la plataforma en los que puede aparecer o no.

¹² https://www.google.com/intl/es_es/adsense/start/, consultado el 15.04.2021.

plataforma ofrece la posibilidad de que los suscriptores a un canal abonen una cuota mensual de la que el *streamer* obtiene una comisión que puede alcanzar hasta el 70%¹³.

Además de lo anterior, también tienen lugar los contratos de patrocinio directamente convenidos entre el *Youtuber* y el anunciante, en virtud de los cuales el creador publicita directamente en los videos los productos de su patrocinador. Ejemplos de ello tenemos los canales de *unboxing* y donde el *youtuber menor* abre y juega con juguetes, videoconsolas o los canales de “manos que juegan” en los que se observan manos que juegan con muñecas y juguetes.

En consecuencia, el económico se alza como uno de los principales motivos que mueven a cientos de personas para convertirse en creador de vídeos con la idea de hacer de ello su medio de vida, o de al menos transformarlo en una segunda fuente de ingresos.

Aunque el ánimo de lucro suele aparecer con mayor frecuencia entre los menores de edad más avanzada, una de las causas que motiva al menor de edad más temprana al desarrollo de la actividad online que comentamos, es la emulación de aquellos *youtubers* con mayor notoriedad, convertidos en verdaderos modelos a imitar en la actualidad¹⁴.

Según la XI encuesta realizada por la asociación ADECO “¿Que quieres ser de mayor?”, en el año 2019 el 5,9% de los niños encuestados manifestó querer tener la profesión de *Youtuber*, estando en el puesto quinto de la lista después de médico (en el cuarto puesto) y por encima de ingeniero, informático o bombero. Posicionándose el *Youtuber* Vegetta777, también en el quinto puesto, votado por los niños consultados como al mejor jefe deseado¹⁵.

Por consiguiente, los *Youtubers* de mayor notoriedad se han alzado como una nueva figura de referencia para los menores de edad, compitiendo con las más tradicionales profesiones como artistas musicales, actores, futbolistas o pilotos, de forma que los más jóvenes tienden a emularlos buscando alcanzar el sueño de convertirse en sus ídolos¹⁶.

¹³ El *Youtuber* Ibai Llanos, uno de los más populares a nivel nacional, en el programa televisivo “Lo de Evole” emitido el pasado 7 de marzo de 2021, en la cadena “La sexta” manifestó ingresar unos 120.000 dólares anuales por este concepto, [¹⁴ López Villafranca, P./Olmedo Salazar, S., *op. cit.*, p.2.](https://www.lavanguardia.com/television/20210308/6265535/lo-de-evole-ibai-llanos-streamer-andorra-ingresos-dinero-jordi-evole.html#:~:text=Ibai%20ha%20explicado%20que%20tiene,paga%20unos%205%20euros%20mensuales.&text=Jordi%20%20C3%89vole%20hizo%20las%20cuentas,%20120.000%20d%C3%B3lares%20al%20mes%22,consultado el 16.04.2021.</p></div><div data-bbox=)

¹⁵ <https://www.adecogroup.es/wp-content/uploads/2019/08/XV-Encuesta-Adecco-Que%CC%81-quieres-ser-de-mayor.pdf>, consultado el 13.04.2021.

¹⁶ <https://www.forumlibertas.com/los-youtubers-ninos-los-nuevos-modelos-inapropiados/>, consultado el 22.04.2021.

El fenómeno ha alcanzado tal envergadura, que los *Youtubers* más populares han logrado una relevancia equiparable a la de los deportistas de élite, actores internacionales de cine, o los presentadores de televisión más reconocidos. Por ejemplo, en el canal dedicado a los videojuegos del *Youtuber* “Vegetta777”, encontramos aproximadamente entre uno y tres videos subidos diarios, con un media aproximada de 700.00 visualizaciones alcanzadas en el periodo de veinticuatro horas transcurrido desde la subida¹⁷.

Así mismo, el canal de “Las ratitas” muestra subidas que en el lapso de tiempo de una semana suele alcanzar de media 1 a 2 millones de reproducciones¹⁸. Por otro lado, el canal de *Twitch* del “Rubius”, muestra retransmisiones principalmente dedicadas a videojuegos, que en el plazo de 24 horas alcanzan entre 1,5 y 3 millones de visualizaciones¹⁹.

De esta forma, para poder ponderar la dimensión alcanzada por estos creadores de contenido, podemos poner en contraste estos datos de audiencia con los medios de comunicación más tradicionales.

En este sentido, encontramos en el reciente Estudio General de Medios, elaborado por la Asociación para la Investigación de Medios de Comunicación, que según los resultados publicados por la cadena de radio Ondacero en su portal *web*, arrojan las siguientes cifras de audiencia diaria donde el programa en horario de mañana *más de uno* se sitúa con una cifra de 1.333.000 oyentes, así como el programa de la tarde titulado *Julia en la Onda* dispone de 639.000²⁰. En el caso de la televisión, por ejemplo, el programa especial de aniversario de 20 años de *Pasapalabra* del domingo 28 de febrero de 2021, en horario *primetime* alcanzó los 2,93 millones de espectadores²¹.

Así las cosas, el contraste de estos datos de difusión entre *Youtubers* y los medios tradicionales nos dan una ligera idea de la envergadura alcanzada por el fenómeno, del que debemos destacar sigue en tendencia ascendente de evolución a un ritmo vertiginoso.

Por otro lado, debemos tener muy en cuenta la evolución de los conceptos de intimidad y privacidad en las redes sociales, donde las generaciones más jóvenes han nacido en la sociedad de la información, se han educado y crecido interactuando en

¹⁷ <https://www.youtube.com/user/vegetta777>, consultado el 13.04.2021

¹⁸ https://www.youtube.com/channel/UCUY6t_N9MyEWu610ZXkbtKA, consultado el 13.04.2021.

¹⁹ <https://www.twitch.tv/rubius>, consultado el 13.04.2021.

²⁰ https://www.ondacero.es/noticias/comunicacion/carlos-alsina-julia-otero-jaime-cantizano-lideran-crecimientos-radio-nivel-nacional_202104136075379a361d78000104a07f.html, consultado el 13.04.2021.

²¹ <https://ecoteuve.eleconomista.es/cadena/ANTENA-3/audiencias-programas>, consultado 13.04.2021.

Internet con otras personas, y en definitiva han abrazado el entorno virtual como un medio natural donde relacionarse socialmente²².

Estas nuevas generaciones, denominadas generación interactiva o nativos digitales, en España se tratan de una generación equipada, donde las casas se han convertido en ciberhogares, en las que el 97% de los menores de 10 a 18 años reconocen tener Internet y PC en su casa. Así como el 59% de los menores de diez años afirman disponer de teléfono móvil, los que a su vez declaran que la creación de vídeos supone 57% aproximado del uso efectivo del dispositivo²³.

De esta forma, los menores que componen estas generaciones han adquirido una especial afinidad innata a las nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC). A través de las cuales acceden a Internet e interactúan socialmente, donde suelen mostrarse poco consecuentes y selectivos respecto de las publicaciones que realizan, tendiendo a exponer con excesiva facilidad su imagen, privacidad e información personal, y sin apenas conocimiento de la repercusión que estos actos pueden llegar a ocasionar contra su persona e intimidad²⁴.

2.2. La exposición de menores en *Youtube*: tipos de canales y riesgos

El fenómeno de la actividad de los menores en redes sociales y *Youtube* ha alcanzado una gran trascendencia. Como hemos visto, los nativos digitales han normalizado su interacción social a través de las TIC, de manera que su socialización no encuentra razón de ser sin el entorno virtual, que principalmente tiene lugar a través del uso de los *Smartphones*²⁵.

No obstante, el protagonismo de menores en ciertos canales de *Youtube* guarda una de sus principales razones en la participación de los progenitores²⁶. En esos casos podemos encontrarnos con los canales familiares o *Parenting Vlogs*, donde se muestra al completo toda la familia realizando diferentes tipos de actividades en el hogar familiar o fuera de este, publicitando productos mediante el *Unboxing*, o compartiendo en familia sus opiniones sobre diferentes temáticas como películas, lugares de ocio, o hechos íntimos de su vida privada. Como exponente de estos últimos podemos referirnos al canal de *Verdeliss* donde se ha visto crecer, desde su nacimiento, a cada uno de sus seis hijos²⁷.

²² Bringué, X./Sádaba, C.: “La generación interactiva en Madrid, niños y adolescentes ante las pantallas”, *Foro Generaciones Interactivas*, Madrid, 2011, pp. 2-6, disponible en <https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/20593/1/GGII-Madrid-final.pdf>, consultado el 14.05.2021.

²³ Del Río, J./Sádaba, C./Bringué, X.: Menores y redes ¿sociales?: de la amistad al ciberbullying, *Revista de estudios de juventud*, 2010, pp. 121-129.

²⁴ Rodríguez García, L./Magdalena Benedito, J.R.: “Perspectiva de los jóvenes sobre seguridad y privacidad en las redes sociales”, *Revista Icono 14*, volumen (14), 2015, pp.26-28.

²⁵ Pérez Escoda, A., *op. cit.*, pp. 7-80.

²⁶ López Villafranca, P./Olmedo Salazar, S., *op. cit.*, p.3.

²⁷ <https://www.youtube.com/user/Verdeliss>, consultado el 15.05.2021.

En estos canales, los menores de edad se muestran constantemente participando de forma activa en los vídeos, independientemente de su edad. Entre los canales de este tipo que podemos encontrar en España, podemos citar “*The Crazy Haacks*”, que cuenta con 3,5 millones de suscriptores, la “Familia Carameluchi” que tiene 1,79 millones de suscriptores, así como el canal de la “Familia Youtuberos” que dispone de 4,8 millones de suscriptores.

Por otro lado, existen otros canales donde los menores son los protagonistas en exclusiva. La temática de estos portales puede ser muy variada, encontrando canales dedicados al *Game Play*, donde exclusivamente el menor juega a videojuegos mientras comenta la partida. Como a su vez, tenemos canales dedicados al *Unboxing*, en los que se desembalan productos de su caja, usualmente juguetes o aparatos electrónicos, haciendo comentarios de forma simultánea. Asimismo, encontramos canales donde se juega o se prueba el producto que suelen ser juguetes, en donde se comentan o explican sus características e impresiones personales del protagonista. También es habitual que se mezclen diferentes temáticas en un mismo canal o video²⁸.

Entre los canales más representativos de este tipo en nuestro país podemos citar “Los juguetes de Arancha” con 3,75 millones de suscriptores, “Los mundos de Nico” que cuenta con 3,47 millones de suscriptores, así como “La diversión de Martina” con 4,7 millones de suscriptores o el canal de “Las ratitas” que dispone de la friolera cifra de 23,1 millones de suscriptores.

No obstante, como hemos dicho anteriormente, en la mayoría de los casos se presume la participación activa de los padres de los menores que aparecen en el canal, dado que el contenido de los vídeos no está dispuesto de ningún modo al azar. La elaboración de los vídeos resulta una tarea laboriosa comprendida por diferentes tipos de tareas entre otras la preparación de guiones, maquillaje, o postproducción que requieren una gran cantidad de horas de trabajo²⁹.

De otro modo, debemos destacar que toda esta actividad en la Red se produce de forma pública y sin restricción alguna de acceso, de manera que el contenido se encuentra a disposición de cualquier usuario a nivel mundial. De este hecho deriva uno de los principales riesgos a los que son expuestos los menores que aparecen en *Youtube*, que no es otro que la vulneración de su privacidad. Como hemos analizado, los menores aparecen principalmente en un contexto privado, grabándose en sus

²⁸ Martínez Pastor, E./Vizcaino-Laorga, R./Nicolás Ojeda, M.A./Serrano Mañillo, M.I./García Maroto, S.: “Familias y niños: el negocio de los canales de de los niños youtubers”, 2018, p. 31, disponible en https://www.researchgate.net/profile/Esther-Pastor-3/publication/341713654_Familias_y_ninos_el_negocio_de_los_canales_de_los_ninos_youtubers/links/5ed774d292851c9c5e74cd7f/Familias-y-ninos-el-negocio-de-los-canales-de-los-ninos-youtubers.pdf, consultado el 12.05.2021.

²⁹ López Villafranca, P./Olmedo Salazar, S., *op. cit.*, p.3.

casas, propias habitaciones, o entorno inmediato que dan a conocer de manera pública aspectos de su esfera más íntima y privada³⁰.

Por otro lado, los menores pueden ser víctimas de maltratos, expresiones o acciones denigrantes realizadas por otros menores o mayores, que gravan y publican en la red con el objeto de acentuar el efecto de la acción vejatoria mediante su difusión. Asimismo, este tipo de casos pueden provenir de los propios progenitores, motivados por el aumento de visualizaciones. Como ejemplo de lo anteriores conocido el caso ocurrido en EEUU, en el que a unos padres se les retiró la custodia de sus hijos por las bromas que les gastaban y que difundían públicamente³¹.

De igual forma, como consecuencia de esta realidad se puede observar un aumento de lo que se denomina “cultura del dormitorio”, que encuentra su razón en la mayor cantidad de hogares donde el menor posee dispositivos con acceso a internet en su cuarto, y la permanente accesibilidad a este medio, donde acostumbran a interrelacionarse entre ellos³². Esto provoca un aumento del aislamiento del entorno familiar del menor, así como la reducción de interacciones sociales en el entorno real, la disminución de su rendimiento escolar, por no hablar del poder adictivo de las nuevas tecnologías y en concreto de los videojuegos, donde cobran especial protagonismo especialmente en los canales de temática *gaming*, y cuyo uso desmesurado puede provocar perniciosas consecuencias en la salud de los menores tanto de tipo mental como de tipo físico³³.

Lo anterior no ha hecho más que acentuarse a consecuencia de la situación de pandemia actual acaecida por la COVID-19, y el inevitable confinamiento sufrido en los hogares familiares, que ha provocado la instauración de la educación *online* de los menores. Esto ha aumentado considerablemente las horas diarias en las que los menores emplean tiempo frente a una pantalla. Lo que ha sido denunciado como nada favorable para la salud mental de los jóvenes por Amnistía Internacional, además de ampliar la exposición frente al acoso escolar online o *ciberbullying*³⁴.

En relación con esta problemática debemos traer a colación otro de los riesgos de los que pueden ser víctima los menores a través de las redes sociales. Se trata del *ciberbullying*, el cual tiene lugar a través de la red, y cuya diferencia más característica respecto del acoso tradicional es su continuidad incesante en el tiempo, puesto que el hogar deja de ser un refugio³⁵. Los efectos más destacados que se manifiestan en las víctimas de este acoso se revelan en la parte física y psicológica

³⁰ López Villafranca, P./Olmedo Salazar, S., *op. cit.*, pp. 9-10.

³¹ <https://www.bbc.com/mundo/noticias-39800987>, consultado 15.05.2021.

³² Del Río, J./Sábada, C./Bringué, X., *op. cit.*, pp. 121-123.

³³ Guilabert Vidal, M.R.: Menores y videojuegos, protección jurídica actual y responsabilidad civil frente a las conductas adictivas, *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, 2021, pp. 85-18.

³⁴ Jurado, A.: “La pandemia caldo de cultivo para el aumento de los casos de acoso escolar”, disponible en <https://www.amnistia.org/ve/blog/2021/05/18620/la-pandemia-caldo-de-cultivo-para-el-aumento-de-los-casos-de-acoso-escolar>, consultado el 15.05.2021.

³⁵ Guilabert Vidal, M.R.: “Responsabilidad por los daños causados a los menores *youtubers*”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 55, 2021, pp. 49-50.

del ofendido, desatancándose la baja autoestima, depresión severa, ansiedad, sentimiento de soledad, absentismo escolar y tendencia suicida³⁶.

Otros riesgos relacionados con lo anterior y respecto de los cuales los menores resultan especialmente vulnerables son el *Grooming*, que consiste en un tipo de acoso ejercido por una persona adulta contra el menor con finalidad lasciva, amenazando su indemnidad sexual. Así como también cabe mencionar el *Sexting*, el cual principalmente consiste en la captación de imágenes, vídeos o conversaciones de alto contenido sexual, donde el menor posa y se graba o es grabado con su anuencia, compartiendo el contenido en principio en un ámbito restringido mediante *chat*, correos electrónicos o incluso redes sociales, poniendo en peligro su privacidad e intimidad³⁷.

Así las cosas, la actividad de menores en redes sociales es un fenómeno de creciente evolución. Son múltiples los ejemplos en los que podemos encontrar imágenes o vídeos en la Red donde se muestran comentando aspectos de su vida privada, realizando todo tipo de actividades en el hogar familiar u otros espacios reservados de su entorno.

Respecto de la perspectiva de nuestro estudio, analizaremos desde una óptica jurídica la incidencia lesiva en los derechos fundamentales de la personalidad de honor, intimidad personal y familiar, y de propia imagen, de la que los menores son titulares, con ocasión de su exposición en *Youtube*.

Cuál es alcance que puede tener esta actividad en la Red sobre los derechos de la personalidad mencionados. Si están los representantes legales del menor facultados en cualquier caso, para exponer por completo su vida personal y familiar de manera pública en Internet. Así como, que capacidad jurídica tiene el menor para decidir sobre el ejercicio de estos derechos a través de la red, y cuál es el marco jurídico de protección y tutela civil dispensado, serán el objeto de nuestro estudio que abordaremos a continuación.

³⁶ Del Río, J./Sábada, C./Bringué, X., *op. cit.*, pp. 115-119.

³⁷ Peláez Fernández, P.: “*Redes sociales y derecho fundamental a la intimidad en los menores*”, pp.6-10, disponible en http://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/portal_social/import/varis/varis0003.pdf, Consultado en 24.4.2021.

3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MENORES EN LAS PLATAFORMAS *ONLINE* DE CONTENIDO AUDIOVISUAL

3.1. El derecho al honor, la intimidad y la propia imagen de los menores en plataformas *online* de contenido audiovisual

Como hemos visto en el análisis precedente, la relevante incidencia en la actualidad de la actividad de los menores de edad en las redes sociales, y en plataformas de contenido audiovisual como *Youtube*, pueden generar situaciones de riesgo para los menores de edad, entre las que se pondrán en compromiso sus derechos fundamentales al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen.

Esta circunstancia se acrecentará con ocasión de la exponencial difusión que se puede alcanzar mediante la difusión pública en Internet. En este contexto, no conlleva las mismas consecuencias insultar por parte de un menor a sus compañeros presencialmente mientras se encuentre en el centro escolar que en internet

El derecho de honor, intimidad y propia imagen, como analizaremos, se hallan íntimamente conectados con el libre desarrollo de la personalidad del individuo, por lo que en el caso de los menores, dado que se encuentran en pleno proceso de evolución personal, el ordenamiento jurídico se ha ocupado de ofrecer un amplio reconocimiento y protección, el cual pasamos a detallar a continuación.

La convención de los Derechos del niño de la ONU de 20 de diciembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre 1990, dispone en su art.13 que el niño tendrá derecho a la libertad de expresión. Asimismo, en su art.16 declara la prohibición de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, así como respecto de los ataques ilegales a su honra y a su reputación. Igualmente, el citado artículo reconoce el derecho del niño a la protección de la ley contra dichas injerencias

Por otro lado, la Carta Europea de los Derechos del Niño aprobada por el Parlamento Europeo mediante resolución de 8 de julio de 1992 declara que “todo niño tiene derecho a no ser objeto por parte de un tercero de intrusiones injustificadas en su vida privada, en la de su familia, ni a sufrir atentados ilegales contra su honor”. Del mismo modo este instrumento establece que “todo niño tiene derecho a ser protegido contra la utilización de su imagen de forma lesiva para su dignidad”.

Por su parte, el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, suscrito en roma el 4 de noviembre de 1950 declara el derecho de toda persona a su vida privada y familiar.

En otro orden de cosas, en relación a los derechos de la personalidad, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, tal y como lo ha manifestado en reiteradas ocasiones nuestro Tribunal Constitucional, se

encuentran estrictamente vinculados a la propia personalidad, y están derivados de la dignidad de la persona³⁸.

Estos derechos de la personalidad los encontramos reconocidos en el art. 18 de la Constitución Española, dentro del Capítulo Segundo, sección 1ª. Esta ubicación sistemática determina su rango como de derechos fundamentales, lo cual se traduce en que gozan del máximo nivel de protección, además de caracterizarse por su inalienabilidad, inviolabilidad e irrenunciabilidad³⁹.

El desarrollo legislativo de estos derechos lo encontramos en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

Esta norma de rango orgánico desarrolla el marco constitucionalmente garantizado de estos derechos de la personalidad, y establece su protección civil frente a las denominadas intromisiones ilegítimas, así como la delimitación de esa protección. El amparo dispensado según establece la Ley, será la dispuesta por las leyes, y por los usos sociales en el ámbito que, por sus propios actos, las personas mantengan para sí mismas o su familia dicho carácter reservado.

En el contexto del uso de las TIC, e Internet por los menores de edad, cabe resaltar la trascendencia del concepto jurídico de “los usos sociales”, pues éste da pie a que la ilegitimidad de una determinada conducta resultará en función del contexto, los sujetos que hubiesen intervenido, o incluso el momento en el tiempo en el que tuviese lugar⁴⁰.

Esta subordinación de la tutela civil a los usos sociales del momento, facilita la posibilidad de evolución y adaptación de la norma a la sociedad, mediante la labor de los órganos jurisdiccionales, y su función integradora del derecho. De este modo se dispondrá de un margen para apreciar, en cada caso concreto, cuándo se ha de entender lesionado un derecho de la personalidad que estamos abordando⁴¹.

Como hemos apuntado, la LO 1/1982 resulta el marco legislativo de desarrollo de la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen garantizados en el artículo 18.1 CE. Sin embargo, en las disposiciones analizadas no encontramos cuál es exactamente su delimitación, contenido, ni referencia alguna respecto a su autonomía, y delimitación.

³⁸ STS de 8 de noviembre de 1999 (RTC 1999/202).

³⁹ Entre otras, SSTC de 2 diciembre de 1988 (RTC 1988/231); de 26 septiembre de 1995 (RTC 1995/139); de 29 junio de 2009 (RTC 2009/158); de 2 julio de 2001 (RTC 2001/156); de 16 abril de 2007 (RTC 72/2007).

⁴⁰ Yebra, J.A.: “El régimen de prestación del consentimiento para la intromisión en los derechos de la personalidad de los menores. Especial referencia al fenómeno del *sharenting*”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8 bis, 2009, pp.255-257.

⁴¹ Berrocal Lanzarot, A.I.: “La protección jurídica de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de los menores de edad”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Madrid, 2016, pp.24.

En esta materia, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo ha ido definiendo y delimitando el contenido material y límites de cada uno de estos derechos de la personalidad, que abordaremos a continuación⁴².

3.1. 1. La delimitación del derecho de honor

El derecho al honor como hemos anunciado, no se encuentra conceptualizado en la Constitución ni en otro texto legislativo. El propio Tribunal Constitucional ha afirmado la imposibilidad de plasmar una definición concreta en el ordenamiento, puesto que se trata de un concepto jurídico dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento⁴³.

Por consiguiente, el derecho al honor se encuentra concebido en la Ley como un concepto jurídico indeterminado, cuyo contenido se encuentra sujeto a la evolución social, y que debe ser concretado por el intérprete de forma diferente en función de las normas, valores y usos sociales del caso concreto⁴⁴.

Como hemos dicho, se trata de un derecho fundamental con el más alto nivel de protección constitucional, con efectos *erga omnes*, lo cual que obliga a todos los demás a su respeto. Aunque debemos señalar que dicha protección queda supeditada al propio comportamiento del titular, tal y como determinó la STC de 3 de diciembre de 1992“(…) de manera que, salvo que los propios actos lo disminuyan socialmente, su titular tiene derecho al respeto y reconocimiento de la dignidad personal que se requiere para el libre desarrollo de la personalidad en la convivencia social, sin que pueda ser escarnecido o humillado ante uno mismo o los demás (...)”⁴⁵.

Asimismo, el Tribunal Constitucional en orden de su conceptualización, se ha fundamentado de la definición dada por el Diccionario de la Real Academia Española, determinando que“(…) el honor es la buena reputación, la cual como la fama y la honra, consiste en la opinión que las gentes tienen de una persona, buena o positiva, si no va acompañada de adjetivo alguno, en su reverso se encuentra en deshonor, la deshonra, la difamación (...)”⁴⁶.

Por otro lado, el derecho al honor presenta una estrecha relación con la dignidad de la persona, tanto en el plano subjetivo respecto del sentimiento que el propio titular tenga de sí mismo, como del plano externo en relación a la consideración tenida de éste por los demás, lo que pone de manifiesto su relevante dimensión social⁴⁷. Es por ello, que el honor se encuentra representado tanto por el

⁴² Sánchez-Lafuente, F.R.: “La protección de los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor con suficiente madurez: entre el respeto a sus decisiones y la intervención del Ministerio Fiscal”, *Foro nueva época*, vol. 18. núm. 2, 2015, p. 189.

⁴³STC de 3 diciembre 1992 (RTC 1992/219).

⁴⁴ Berrocal Lanzarot, A.I., *op. cit.*, pp.24.

⁴⁵STC de 3 diciembre 1992 (RTC 1992/219).

⁴⁶ STC de 3 diciembre 1992 (RTC 1992/219).

⁴⁷ Berrocal Lanzarot, A.I., *op. cit.*, pp.24-25.

propio sentimiento de su titular, como por la fama, reputación o estimación que otras personas hagan de la dignidad de una persona⁴⁸.

De igual modo, según el Tribunal Constitucional, existe un común denominador respecto de todos los ataques en el ámbito de protección de este derecho, referido al desmerecimiento en la consideración ajena a consecuencia de expresiones de descrédito o menosprecio de alguien, o que le tuvieren en concepto público como afrentosas⁴⁹.

Acerca de su delimitación, ha sido conceptualizado mediante dos elementos caracterizadores de su contenido. En primer lugar, por su íntima conexión con la dignidad, en el sentido de que el honor deriva de la dignidad como rango o categoría de la persona como tal. Así como en segundo lugar, por su carácter personalista que nace a consecuencia del anterior, en el sentido de que se trata de un valor referible a las personas individualmente consideradas⁵⁰.

Respecto de su alcance, éste ampara la buena reputación de la persona, la cual protege. De este modo, proscribiremos que nadie se refiera a una persona de forma insultante o injuriosa o atentando injustificadamente contra su reputación, en el sentido de la apreciación que los demás puedan tener hacia ella, y no respecto de la que el perjudicado pueda desear⁵¹. Esta interpretación supone, según nuestra opinión, que la vulneración del derecho no vendrá dada por la concepción subjetiva que el afectado pudiera tener respecto de del acto o expresión en concreto recibido. De tal manera que debe ser entendido como aquel acto o expresión que dentro de su contexto, razonable y objetivamente puede ser considerado constitutivo de lesión al honor.

Una vez ofrecida, la conceptualización general del derecho al honor, nos dispondremos a contextualizarlo en el ámbito de la actividad de los menores *youtubers* desplegada en internet. De este modo podremos atisbar las hipótesis en las que el honor de los más jóvenes puede verse lesionado mediante su exposición o acción en dicha red social.

Se puede entender como vulneración al honor de los menores, por ejemplo, aquellos supuestos en los éstos apareciesen en un video donde incluso en ocasiones los padres o terceros de éste, realicen manifestaciones insultantes, de mofa o burla hacia el menor, que de manera grave quedase lesionada su honra, o que perjudicase gravemente en la falta de estima que pudieran tener terceras personas del menor.

Podría además prolongarse los efectos perniciosos del derecho, incluso pasados años desde su publicación, si estos alcanzasen una amplia difusión o popularidad como en los casos de los videos virales que se extienden compartiéndose

⁴⁸ Sánchez-Lafuente, F.R., *op. cit.*, pp.188.

⁴⁹ STC de 3 diciembre de 1992 (RTC 1992/219).

⁵⁰ STC de 6 de junio 1990 (RTC 1990/105).

⁵¹ STC de 28 de enero 2003 (RTC 2003/14).

masivamente. O cuando esta tipología de vídeos se publicase prolongada y reiteradamente en el tiempo, lo que en ocasiones presenta un considerable calado social.

Asimismo, podría darse vulneración del honor en aquellos supuestos de *youtubers* menores que actúan en los videos manipulados por los padres o tutores, manifiestan expresiones que han podido ser sometidas a un guión por éstos últimos. Resulta usual la existencia de vídeos en los que dichos menores aparecen realizando actuaciones o manifestando expresiones en los vídeos, totalmente ajenas o inapropiadas para la edad o estado de desarrollo del menor, y que muy probablemente ni siquiera es capaz de entender su significado.

En estos casos, fácilmente se podrían constatar lesiones hacia el derecho al honor de los menores, que podrían quedar estigmatizados en el sentido de que resultasen señalados socialmente. Pudiendo con ello resultar gravemente afectado el desarrollo de su personalidad. Entendemos que aquí radica el fundamento de la protección legal dispensada a estos sujetos dotados de una muy especial vulnerabilidad, los cuales pueden llegar a padecer graves daños en su esfera personal, comprometiendo incluso su futuro⁵².

3.1.2. La delimitación del derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad personal y familiar tiene como objeto garantizar a la persona un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona, frente a la acción y el reconocimiento de los demás, ya sea ante poderes públicos u otros ciudadanos. Así, este derecho hace referencia a la esfera donde se desenvuelve la vida de una persona o familia que queda reservado de los demás⁵³.

Según ciertos autores, la intimidad podría ser definida como aquel espacio de cada individuo y que lícitamente su titular puede reservar del conocimiento de otras personas. En consecuencia, puede decirse que forma parte de lo íntimo, por ejemplo, el conjunto interno de la vida privada de una persona, su hogar, habitación o lo que en estos lugares ocurre, así como el propio pensamiento del individuo, incluso si éste se plasma en algún soporte físico que su titular quiera mantener reservado para los demás.

⁵²Este podría ser el caso del canal en *Youtube* de “Las ratitas” que ha sido denunciado, donde el Ministerio Fiscal se encuentra investigando en el momento de realización de nuestro análisis, en el que las niñas aparecen en los videos actuando, vistiendo, hablando, o haciendo *performances* o comentarios inapropiados y desproporcionados para su edad, más correspondientes de jóvenes de dieciocho o veinte años, que de niñas de siete o diez años de edad.

⁵³ Sánchez-Lafuente, F.R., *op. cit.*, pp.188.

Además según estos autores, la intimidad podría ser conceptualizada por los efectos de la protección frente a los demás, esto es, los demás no tienen derecho a conocer ni violar la intimidad de su titular⁵⁴.

Cierto sector doctrinal, dispone que el derecho a la intimidad contiene dos conceptos diferentes. Por un lado, la propia intimidad que tiene como objeto la facultad de excluir a los demás del conocimiento de la esfera íntima. Y por otro lado, hace referencia a la propia vida privada del titular, que le faculta no solamente al derecho de respeto por parte de los demás de aquello que decide mantener en la esfera de lo íntimo, sino que además le otorga el control sobre ese aspecto privado que ha decidido guardar.

Estos autores afirman además, que el derecho a la intimidad forma parte del contenido material de otros derechos fundamentales, como el secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio, o el propio control de datos personales, pues el objeto principal de estos derechos es proteger el contenido esencial del derecho a la intimidad. Se dice que el derecho a la intimidad tiene un carácter material, mientras que el de los otros es de un carácter de índole formal⁵⁵.

Esta facultad de reserva del titular, no solo ampara los aspectos personales, sino también los familiares, frente a la divulgación por terceros y a la publicidad de la esfera privada no querida⁵⁶. De este modo se pretende evitar las intromisiones ilegítimas en la vida privada, o lo que podemos denominar el aspecto negativo del derecho. Por otro lado, también confiere la potestad de control de los datos e información relativos a su persona, o lo que doctrinalmente se conoce como su aspecto positivo⁵⁷.

En definitiva este derecho reconoce a su titular una esfera de vida personal exclusiva y excluyente, de un ámbito de actuación que le es íntima, a la que tiene la facultad de prohibir el acceso a otras personas⁵⁸.

Al igual de lo que ocurre con el derecho al honor, el contenido de lo privado o íntimo amparado por el ámbito de protección de este derecho, dependerá de la conducta del titular del mismo, el cual con sus actos delimitará hasta donde éste ha guardado dicha reserva. En este sentido se ha pronunciado el tribunal constitucional en su sentencia de 22 de julio de 1999, cuando determina que; “(...) es cierto que inicialmente pueden quedar excluidos de ese poder de disposición aquellos datos o informaciones producidos y destinados al tráfico jurídico con terceros o sometidos a fórmulas específicas de publicidad(SSTC 110/1984 y 143/1994), pero no lo es menos que esta circunstancia no obsta para que el individuo esgrima un interés legítimo en

⁵⁴ Iglesias Cubría, M.: *El derecho a la intimidad*, Oviedo, 1970, pp. 21-22.

⁵⁵ Megías Quirós, J.J.: “Privacidad e internet: intimidad, comunicaciones y datos personales”, *Anuario de derechos humanos*, Madrid, 2002, pp. 523-525.

⁵⁶ STC de 1 diciembre 1998 (RTC 1998/231).

⁵⁷ STS de 10 octubre 2001 (RJ 2001/7416).

⁵⁸ Berrocal Lanzarot, A.I., *op. cit.*, p.31.

sustraerlos del conocimiento de los demás, como del mismo modo lo puede haber para que esos aspectos de la vida individual sean públicos y conocidos, o puedan serlo (ATC 877/1987 [RTC 1987\877 AUTO]). Y ello es así porque el art. 18.1 CE no garantiza sin más la «intimidad», sino el derecho a poseerla, a tener vida privada disponiendo de un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a nuestra persona` y familia, sea cual sea el contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público (...)⁵⁹.

Descendiendo al ámbito de los menores de edad en relación con el derecho a la intimidad. El art. 13.3 de la LO 1/996 dispone una cláusula general para la defensa de este derecho en el ámbito de las actuaciones de protección de los menores. De forma que el precepto insta a toda autoridad, funcionario público o personas que por razón de su profesión o función conozcan el caso, actuarán con la debida reserva. Podemos afirmar que se trata de una manifestación dispuesta en el texto legal de la facultad *erga omnes* que otorga este derecho⁶⁰.

Por lo tanto, contextualizando este derecho en el ámbito de la actividad de los menores en *Youtube*, existen múltiples ejemplos en donde cabe presumir la vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar. Especialmente en los denominados *family channels*, donde los menores ocupan una posición activa en la amplia mayoría de los vídeos.

En estos vídeos pueden observarse con todo lujo de detalles, aspectos de la esfera íntima del menor junto con los del resto de miembros de la familia como su hogar, el centro docente, o lugares próximos a su domicilio como comercios o centros de restauración, así como también la difusión por parte de los propios menores datos de carácter privado o personal de estos.

Resulta patente que en este tipo de canales se está realizando una difusión pública de la imagen y voz de los menores, así como rasgos de su identidad, y facetas de su esfera más íntima sobre la que podemos considerar la vulneración del derecho a la intimidad, así como un manifiesto incumplimiento por parte de los progenitores del mandato de respeto y protección de este derecho de sus hijos preceptuado en el art. 4 de la LO 1/1996, por no hablar del derecho a la protección de datos de carácter personal al que nos referiremos con posterioridad.

Por otro lado, al analizar el derecho a la intimidad, debemos traer a colación otro concepto jurídico elemental, que aunque con diferente contenido, se encuentra integrado dentro de la intimidad de la que forma parte, y que cobra especial relevancia en nuestros días en el contexto del uso de Internet, y la difusión de la vida privada por las personas en las redes sociales. Nos referimos con ello a la privacidad, la cual se halla considerada como uno de los valores fundamentales de las personas

⁵⁹ STC de 22 julio 1999(RTC 1999/144).

⁶⁰ Berrocal Lanzarot, A.I., *op. cit.*, p.17.

para mantenerse libres, sobre todo en el contexto evolutivo de la sociedad de la información en la que nos encontramos⁶¹.

La sociedad ha normalizado el uso de Internet para comunicarse y relacionarse a través de las redes sociales. Pero este fenómeno no ha ido acompañado de la concienciación de los usuarios sobre las consecuencias de la aceptación de las políticas de privacidad que deben ser consentidas para hacer uso de las plataformas, o aplicaciones digitales⁶².

Estas aplicaciones normalmente ofrecen un supuesto uso gratuito del servicio. El usuario no ha tomado concienciación en el sentido de que la contraprestación al servicio no tiene un carácter pecuniario, sino que el pago del precio se realiza mediante la cesión consentida de datos de carácter privado por el usuario. Éste a su vez olvida de que cuando hace uso de la red social está suministrando de forma constante información privada relativa a su persona, lugar, hora y día donde se encuentra, destino visitado en sus vacaciones, opiniones personales sobre los sitios visitados etc.⁶³.

Por ello, la privacidad entendida en este contexto, debe ser identificada como autonomía individual informativa, relacionada directamente con la información personal. Es decir, el control que posee cada individuo de decidir qué información referente a cada uno será revelada, a que personas y con qué objeto⁶⁴. En virtud de estas premisas se ha construido jurisprudencialmente el reconocimiento del derecho fundamental de las personas físicas al tratamiento de sus datos personales en la red, contenido en el art. 18.4, cuya legislación específica encontramos en el Reglamento(UE) 2016/679 y en la LO 3/2018 que serán objeto de nuestro análisis más adelante.

3.1.3. La delimitación del derecho a la propia imagen

Al igual que en el caso de los otros derechos de la personalidad analizados, el Tribunal Constitucional se ha encargado en su jurisprudencia de delimitar la caracterización del derecho a la propia imagen. De manera que ha afirmado que se trata de un derecho de la personalidad “(...)derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un

⁶¹ Castillo Jiménez, C.: “Protección del derecho a la intimidad y uso de las nuevas tecnologías de la información”, *Derecho y conocimiento*, vol. 1, Huelva, 2002, pp.38.

⁶² Argente, E./Vivancos, E./Alemany, J./García-Fornes, A.: “Educando en privacidad en el uso de las redes sociales”, *Education in the knowledge Society*, vol. 18, núm. 2, pp. 107-109.

⁶³ Argente, E./Vivancos, E./Alemany, J./García-Fornes, A., *op. cit.*, p. 107.

⁶⁴ De Terwange, C.: “Privacidad en internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido”, *IDP. Revista de internet, Derecho y Política*, núm. 13, 2012, pp. 54-55, disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/788/78824460006.pdf>, consultado el 21.04.2021

derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública (...)”⁶⁵.

Se trata de un derecho fundamental constitucionalmente reconocido, que otorga a su titular la facultad de impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de terceros sin autorización expresa de éste, y ello con independencia de la finalidad de esa captación o difusión por quien la realiza⁶⁶.

En relación con la imagen como tal, puede ser definida como la representación gráfica de la figura de la persona visible y reconocible, esto es su aspecto físico exterior que permite identificar a un individuo concreto⁶⁷. A su vez la jurisprudencia del Tribunal Supremo la ha definido como “(...) la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa, entendiéndose por aquella a efectos de protección civil por la Ley Orgánica 1/1982, la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción, y en sentido jurídico, es la facultad del interesado a difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción, en tanto en cuanto se trata de un derecho de la personalidad(...)”⁶⁸.

El derecho a la imagen encuentra una especial interrelación respecto de los derechos al honor y la intimidad, con los que convive. Lo característico del derecho de imagen reside en la protección frente a reproducciones de ésta, incluso sin afectación a la esfera personal del titular. Ello quiere decir que se va a amparar la imagen del sujeto con independencia de la potencialidad lesiva sobre su intimidad u honor al captar la misma. En consecuencia, el derecho a la propia imagen protege un ámbito propio y reservado pero no íntimo, del titular, frente a la acción de los demás⁶⁹.

El contenido material de este derecho, según el Tribunal Constitucional, está compuesto por “(...) el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública. Su ámbito de protección comprende, en esencia, la facultad de poder impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta o difunde», y, por lo tanto, abarca «la defensa frente a los usos no consentidos de la representación pública de la persona que no encuentren amparo en ningún otro derecho fundamental, muy destacadamente frente a la utilización de la imagen con fines puramente lucrativo(...)”⁷⁰.

⁶⁵ STC de 22 de abril 2002 (RTC 2002/83).

⁶⁶ STC de 21 de octubre 2013 (RTC 2013/176)

⁶⁷ Berrocal Lanzarot, A.I., *op. cit.*, pp.37-39.

⁶⁸ STS de 3 octubre 1996 (RJ 1996/7012).

⁶⁹ Calaza López, S.:”Delimitación de la protección civil del derecho al honor, la intimidad y a la propia imagen”, *Revista de derecho UNED*, núm. 9, 2011, pp. 56-59.

⁷⁰ STC de 30 enero de 2012 (RTC 2012/12).

Así las cosas, dado el contenido material de este derecho, su ámbito de protección otorgado jurisprudencialmente es menor del que gozan el derecho al honor o la intimidad. Esto se encuentra fundamentado en lo dicho con anterioridad, y es que la protección frente a reproducciones de la imagen afecta a la esfera personal de su titular, pero no lesionan su reputación o buen nombre, ni tampoco darían *per se* a conocer aspectos de su vida privada⁷¹.

Pese del carácter autónomo de estos derechos de la personalidad, garantizados en el art 18.1CE tal y como ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional, puede ocurrir que una misma conducta lesiva sea constitutiva de lesión simultánea de más de uno de éstos derechos. De esta forma, puede darse el caso en el que, mediante la captación, reproducción o difusión de una imagen, se pueden lesionar simultáneamente tanto el derecho a la propia imagen, como el derecho a la intimidad o el honor⁷².

Ello ocurriría cuando la difusión o reproducción del aspecto físico de una persona, se permite su identificación y al mismo tiempo sedan a conocer aspectos de su esfera privada o familiar que aquella ha querido reservar. La jurisprudencia entiende que la acción lesiva resulta de mayor gravedad, por lesionar más de un derecho debido a que; “(...) desde la perspectiva constitucional, el desvalor de la acción no es el mismo cuando los hechos realizados sólo pueden considerarse lesivos del derecho a la imagen que cuando, además, a través de la imagen pueda vulnerarse también el derecho a la intimidad (...)”⁷³.

Por lo tanto, entendemos que tendrá lugar la vulneración simultánea de los derechos de imagen e intimidad personal y familiar, en aquellos vídeos donde publique o haga uso de la imagen de los menores, y a su vez puedan apreciarse aspectos de la esfera íntima y familiar del menor⁷⁴. En consonancia con todo lo anterior, podemos afirmar que el derecho a la propia imagen goza de un especial protagonismo respecto de los otros derechos estudiados, dado el enfoque de nuestro estudio centrado en la actividad de los menores en *Youtube*.

3.1.4. La colisión con otros derechos fundamentales en la Red

El derecho al honor, la intimidad personal y familiar, y el derecho a la propia imagen, suelen colisionar con frecuencia con los derechos de libertad de expresión e información⁷⁵. Esto ocurre en virtud del art. 20.4 de la Constitución Española que determina que las libertades de información y expresión “tienen su límite en el respeto de los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que

⁷¹ STC de 26 de marzo de 2001 (RTC 2001/81).

⁷² STS de 25 de septiembre 2008 (RJ 2008/5572).

⁷³ STC de 2 julio 2001 (RTC 2001/156).

⁷⁴ STC de 27 abril de 2010 (RTC 2010/23).

⁷⁵ Calaza López, S.: “Delimitación de la protección civil del derecho a l honor, la intimidad y a la propia imagen”, *Revista de derecho UNED*, núm. 9, 2011, p.50.

lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y la protección de la juventud y de la infancia”.

Por consiguiente, el art. 20 de la Constitución reconoce los derechos fundamentales de libertad de expresión e información, los cuales se encuentran íntimamente conectados entre sí. Algunos autores entienden que esta distinción entre diferentes derechos tiene lugar debido a que el precepto reconoce distintas manifestaciones de la libertad de expresión. En cambio, otro sector doctrinal entiende que esta conexión entre los diferentes derechos nace por un lado de su función para la garantía del principio de legitimidad democrática, y por otro de su modo de ejercicio⁷⁶.

Respecto al derecho a la libertad de información podemos definir brevemente su contenido y objeto. Éste faculta a su titular a comunicar información referida a la difusión de hechos que merecen ser considerados noticiables. La legitimidad de su ejercicio se encuentra condicionada al requisito de la veracidad de la información difundida, en el sentido, no solo de la veracidad de esta en sentido estricto, sino de la especial diligencia o cuidado en el contraste de la noticia por el que la pública⁷⁷.

En cambio, respecto del derecho a la libertad de expresión, su objeto abarca los pensamientos, ideas y opiniones, los cuales incluye las apreciaciones y juicios de valor del sujeto activo. Por ello tiene reconocido un campo de acción muy amplio, el cual se encuentra solamente limitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas. Como es razonable, no le es exigible a la libertad de expresión el requisito de veracidad de las expresiones o afirmaciones publicadas por su titular⁷⁸.

Tanto la libertad de expresión como la libertad de información, garantizan la formación y existencia de una opinión pública libre, como condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, y configurándose como uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Estos derechos se presentan como esenciales para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, para lo que ha de ser informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas⁷⁹.

Por tanto, la colisión de los derechos fundamentales de honor, intimidad y propia imagen con los de información y libertad de expresión, tiene lugar cuando una persona, en el ejercicio legítimo de sus respectivos derechos invade o sobrepasa los

⁷⁶ Bustos Gisbert, R.: “El concepto de libertad de información a partir de su distinción de la libertad de expresión”, *Revista de estudios políticos (Nueva Época)*, núm. 85, 1994, pp. 161-164.

⁷⁷ SSTC de 15 de enero de 2007 (RTC 2007/9), de 19 diciembre de 2013 (RTC 2013/2016), y de 4 de octubre de 2010 (RTC 2010/50).

⁷⁸ SSTC de 5 mayo del 2000 (RTC 2000/110), de 26 de enero de 2009 (RTC 2009/29), de 4 de octubre de 2010 (RTC 2010/50), y de 19 diciembre de 2013 (RTC 2013/2016).

⁷⁹ STC de 15 enero de 2007 (RTC 2007/9).

límites del ámbito de protección del derecho de otro individuo. Esta acción vulneraría el ámbito de protección del derecho fundamental, de no ser llevada a cabo mediante el ejercicio de otro derecho fundamental o mediando una causa de justificación excluyente de lesión, y en consecuencia constituiría una intromisión ilegítima lesiva del derecho en concreto⁸⁰.

De esta forma, ya que aparentemente ambos sujetos se encuentran en el ejercicio ajustado a derecho de sus respectivos derechos fundamentales, es necesario determinar o concretar más precisamente el contenido material y límites de los derechos en conflicto, labor de la que se ha encargado la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional⁸¹.

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, la cual a su vez ha sido desarrollada por el Tribunal Supremo, ha determinado las reglas de conflicto entre estos derechos, dibujando los límites de unos u otros cuando colisionan entre sí. Esta labor exegética se ha llevado a cabo mediante la denominada técnica de ponderación.

Por ponderación entendemos que, tras la constatación de la existencia de una colisión de derechos, se realiza un examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de ellos resulta afectado. De esta forma el intérprete elabora una regla *ad hoc* que determina la preferencia de un derecho sobre el otro, mediante una valoración del peso en abstracto y el peso relativo de los derechos en conflicto, que veremos a continuación⁸².

Respecto de la valoración del peso en abstracto, en esta ponderación de derechos, el derecho a la libertad de información y expresión mantienen una posición prevalente frente al derecho al honor e intimidad personal. Ello es debido a que, como hemos visto, los primeros resultan esenciales como garantía para una formación libre de la opinión pública, indispensable para el pluralismo político⁸³.

Ésta prevalencia además, en palabras de nuestro Tribunal Constitucional, alcanza su máximo exponente cuando se encuentra ejercida por profesionales de la información “(...) a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción...”... ya que en este caso el derecho a la información no sólo protege un interés individual, sino que entraña «el reconocimiento y garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública indisolublemente ligada con el pluralismo político (...)»⁸⁴.

⁸⁰ De Lerma Galán, J. L.: “Libertad de expresión y derecho a la información como garantías constitucionales. La colisión de derechos”, *Anuario Parlamento y Constitución*, núm. 17, 2015, pp. 228-232.

⁸¹ Berrocal Lanzarot, A.I., *op. cit.*, pp.27-30.

⁸² Berrocal Lanzarot, A.I., *op. cit.*, pp. 25-27.

⁸³ STS de 14 marzo 2009 (RJ 2009/1639).

⁸⁴ STC de 6 junio 1990 (RTC 1990/105).

Respecto de la estimación del peso relativo, desde el punto de vista de la información, resulta esencial que ésta tenga notable relevancia pública, interés general o que se proyecte sobre personas que tengan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, lo que aumentará la intensidad de la prevalencia del derecho de información⁸⁵.

Por otro lado, para que la libertad de la información pueda gozar de esta prevalencia, deberá cumplir inexorablemente el requisito esencial de veracidad indicado. Esta no se encuentra referida tanto a la exigencia del cumplimiento riguroso de exactitud por la noticia sobre la información difundida, si no que está dirigida a garantizar el derecho fundamental de recibir información veraz⁸⁶.

En consonancia con lo anterior, en aquellos casos en los que constate la actuación con menosprecio a la verdad o falsedad de lo comunicado, actuando de manera negligente e irresponsable, la sanción se corresponderá con la negación de esta prevalencia sobre los derechos referidos en colisión.

De otra parte, a diferencia de lo que ocurre con el derecho al honor, la preponderancia del derecho a la información sobre el derecho a la intimidad tiene menor dimensión, ya que cuando atendemos a la vida privada de las personas es necesario que deba existir una relación de proporcionalidad entre el interés público del dato o información relativo a la intimidad que se difunde y la forma que en que tiene lugar tal difusión⁸⁷.

Este juicio de ponderación deberá tener en cuenta si la difusión de los datos de la vida privada expuestos está justificada por los usos sociales, o si hay fundamentación suficiente para sostener que la persona afectada por la intromisión ha tenido un comportamiento previo, en relación con el aspecto concreto de la intimidad que se trate, a consecuencia del cual se pueda entender que su propia conducta ha desvirtuado el carácter privado de dichos datos⁸⁸.

En relación al peso relativo, desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión, para el Tribunal Supremo la ponderación de derechos debe valorar si la crítica se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público, profesión de notoriedad o proyección pública, ya que en dicho caso la prevalencia de la libertad de expresión es más intensa, lo cual encuentra íntima relación con lo dispuesto en el art. 8. Dos a) de la LO 1/1982, en referencia al derecho a la propia imagen⁸⁹.

Por lo que respecta al derecho a la propia imagen, igualmente se encuentra limitado por las libertades de expresión e información. De manera que cuando entra en colisión con dichas libertades, la prevalencia del derecho a la información es

⁸⁵ Calaza López, S., *op. cit.*, pp. 50-51.

⁸⁶ De Lerma Galán, J. L., *op. cit.*, pp. 242-244.

⁸⁷ Berrocal Lanzarot, A.I., *op. cit.*, pp.27-32.

⁸⁸ STS de 6 noviembre de 2003 (RJ 2003/8268).

⁸⁹ Berrocal Lanzarot, A.I., *op. cit.*, pp.29-32.

superior de la que goza respecto del derecho al honor y a la intimidad. Según la jurisprudencia, esto se debe fundamentalmente a una menor consecuencia lesiva sobre la dignidad del afectado, que tiene la simple reproducción gráfica del aspecto físico de la persona⁹⁰.

En resumen, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional ha desarrollado unos requisitos de carácter general que determinan cuando la libertad de información prevalece sobre los derechos de la personalidad aquí analizados, y en cuya consecuencia no habría vulneración del derecho. Siendo estos requisitos que la información difundida tenga interés público, sea veraz y que no sea gratuita, en el sentido de que sea contributiva de la opinión pública⁹¹.

No obstante, el análisis doctrinal y jurisprudencial expuesto hasta ahora, respecto de las reglas de colisión entre derechos, alcanzará una nueva dimensión cuando nos encontremos en el ámbito de los menores de edad, de forma que entrará en juego el interés superior del menor, consagrado en el artículo 2 de la LO 1/1996, y en consecuencia la especial protección que debe otorgarse en estos casos⁹².

En este sentido, tanto la jurisprudencia como la doctrina coinciden en que debe prevalecer el derecho a la intimidad del menor, protegiéndose el interés superior de éste. De manera que el ejercicio de los derechos de libertad de información y expresión ha de realizarse con el máximo respeto de los derechos del menor. Esta mayor protección halla su fundamento en la falta de desarrollo físico y psíquico, y en proceso de desarrollo de su personalidad de los niños y jóvenes⁹³.

En consonancia con lo anterior, refiriéndose al derecho de información, el Tribunal Constitucional ha afirmado que debe tenerse en cuenta que el legítimo interés del menor a que no se difundan datos de la esfera personal o familiar se configura como un límite infranqueable para el ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz⁹⁴.

Por tanto, en los supuestos en los que el afectado por la intromisión en ejercicio de los derechos de libertad de información sea un menor, aunque la información difundida cumpla el requisito de veracidad, esto no será suficiente *per se* para legitimar la intromisión con la misma intensidad respecto del caso en el que el ofendido fuese un mayor de edad⁹⁵.

Sin embargo, ha de establecerse un equilibrio entre este marco de especial protección de los menores y el derecho de todos los ciudadanos de recibir

⁹⁰ STC de 24 febrero 2020 (RTC 2020/27).

⁹¹ SSTC de 12 diciembre de 1986 (RTC 1986/159), de 2 diciembre de 1988 (RTC 1988/231), de 18 de enero de 1993 (RTC1993/15), de 6 junio de 1990 (RTC 1990/105).

⁹² Berrocal Lanzarot, A.I., *op. cit.*, pp.32-34

⁹³ Paños Pérez, A.: "Conflicto entre las libertades de expresión e información y el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen del menor", *Revista de derecho (Valdivia)*, vol. 25 núm.2, 2012, pp. 111-115.

⁹⁴ STC de 30 de junio 2003 (RTC 2003/127).

⁹⁵ Gil Antón, A.M.: *El derecho a la propia imagen del menor en internet*, Madrid, 2013, pp. 233-235.

información, en aplicación del derecho a las libertades de información y expresión, y en especial la libertad de prensa. Teniendo muy presente que sobre estas libertades se fundamenta nuestro estado social democrático de derecho⁹⁶.

3.1.5. Capacidad del menor en relación con los derechos al honor, intimidad y propia imagen

La distinción tradicional entre capacidad jurídica (entendida como aquella aptitud del individuo para ser titular de derechos y obligaciones), y la capacidad de obrar (como aquella aptitud del individuo para ejercitar su propia voluntad y de esta forma actuar en el tráfico jurídico), al abordarse desde la perspectiva de los menores de edad, es percibida por un sector doctrinal como incompleta al no incluir todas las distinciones que debiera hacerse respecto de las diferentes manifestaciones de la subjetividad jurídica.

De manera que existen autores que defienden la necesidad de superación de la clásica distinción de capacidades, otorgándole reconocimiento al concepto doctrinalmente denominado capacidad progresiva de obrar, que a su vez desemboca en la capacidad natural o capacidad de discernimiento, concebida como aquella que determina el grado de entendimiento o conocimiento del acto que el sujeto va a realizar y las consecuencias jurídicas del mismo⁹⁷.

Esta capacidad natural cobra especial relevancia en el ámbito de los derechos de la personalidad. Pues estos derechos están en estrecha conexión con los valores constitucionales de dignidad de la persona, y el libre desarrollo de la personalidad. Por esta razón se entiende que las restricciones a la capacidad de su ejercicio pueden suponer una limitación al desarrollo libre de la personalidad del individuo⁹⁸.

Es cierto que aquellas restricciones que afectan al libre desarrollo de la personalidad de los menores, encuentran su más contundente justificación en su vulnerabilidad, la especial protección debida y su interés superior. Sin embargo, éstas deben disponerse de forma estricta y precisa, ajustando la capacidad volitiva del menor al acto concreto a realizar⁹⁹.

Al hilo de lo anterior, otro sector doctrina la firma que en el ámbito de los derechos de la personalidad no rigen las reglas civiles generales de la capacidad de obrar, ya que estos derechos constituyen el núcleo básico que contribuye al desarrollo de la personalidad, por lo que se debe favorecer que el individuo pueda

⁹⁶ Paños Pérez, A., *op. cit.*, pp. 115-116.

⁹⁷ Bartolomé Tutor, A.: *El reconocimiento de los menores de edad de capacidad de obrar progresiva en los actos relativos a los derechos de la personalidad. Con especial referencia al papel de los responsables parentales*, Madrid, 2014, pp. 208-225.

⁹⁸ Peláez Fernández, P.: "Redes sociales y derecho fundamental a la intimidad en los menores", *CADUP Revista Digital del Centro Asociado UNED de Tortosa*, 2015, p6.

⁹⁹ Bartolomé Tutor, A., *op. cit.*, pp. 77-80.

tomar sus propias decisiones de las que sea capaz de comprender el acto que realiza y sus consecuencias. En consecuencia, se entiende que para que el individuo pueda ejercer sus derechos de la personalidad con eficacia éste debe estar en disposición de la mencionada capacidad natural¹⁰⁰.

Descendiendo al ámbito de los derechos fundamentales de honor, intimidad y propia imagen. La capacidad del titular del derecho para realizar actos de disposición, se manifiesta en la delimitación del carácter legítimo de una intromisión, que con su consentimiento expreso puede otorgar a dicho efecto¹⁰¹.

En el caso de los menores, en aplicación del art. 3 de la LO 1/1982, se dispone que la forma y licitud del consentimiento legitimador de la intromisión, se formará válidamente con sujeción a su madurez. Pudiendo prestar válidamente su consentimiento cuando las condiciones de madurez del menor lo permitan.

Sin embargo, no detalla la Ley cuales son dichas condiciones de madurez, así como tampoco podemos encontrarlas en otra norma de rango legal a la que poder remitirse. En consecuencia, aparentemente el legislador ha querido dejar este concepto jurídico sin concretar. Pues podría haber optado por fijar una edad legal mínima a partir de la cual se entendería que objetivamente el menor ha adquirido esa madurez, y en consecuencia de dicha facultad de disposición.

En este sentido, ciertos autores entienden acertada la opción tomada por el Legislador. Así afirman que el menor puede ser considerado lo suficientemente maduro cuando es capaz de comprender las consecuencias de sus actos y decidir por sí mismo, reconociéndole un ámbito de autonomía para la toma de sus propias decisiones, siendo ésta la forma adecuada de protección de sus intereses.

Además, en este ámbito deberán tenerse en cuenta las circunstancias concretas en las que el menor ha otorgado dicho consentimiento, así como el propio estado de desarrollo de éste. Pues no será lo mismo que ese consentimiento se preste para participar en un programa de televisión orientado a público infantil o joven acorde a su estado de madurez, que se trate de otro tipo de programa o espectáculo dirigido a un público adulto¹⁰².

Por el contrario, en virtud del art. 3.2 de la LO 1/1982, en aquellos supuestos en que la madurez del menor no resultare suficiente, 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, para que pueda oponerse al mismo en el plazo de ocho días, debiendo en tal caso resolver el Juez. Operando lo dispuesto en el artículo como requisito que otorga validez al mismo. De manera que la omisión de puesta en conocimiento al Ministerio Fiscal

¹⁰⁰ Santos Morón, M. J.: *Incapitados y derechos de la personalidad*, Madrid, 2000, pp. 44-48.

¹⁰¹ Sánchez-Lafuente, F.R., *op. cit.*, pp.189-190.

¹⁰² Sánchez-Lafuente, F.R., *op. cit.*, pp.191-194

provocaría un consentimiento inválido, aun habiendo cumplido con el requisito de forma¹⁰³.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su STS de 7 de octubre de 1996 al considerar que; “(...) este consentimiento por sí solo no basta para la validez del acto de disposición. Es necesario además, para que surta eficacia, el consentimiento del representante legal y la cooperación del Ministerio Fiscal, cuya intervención actúa a modo de asentimiento, autorización o ratificación. El representante legal del menor deberá otorgar el consentimiento por escrito, pero previamente está obligado a ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal (artículo 3.2). Sólo con la intervención de éste el consentimiento surte efecto o, en caso de oponerse el Fiscal, mediante resolución judicial que lo apruebe (...)”¹⁰⁴.

Sin embargo, respecto de la obligación legal de los representantes legales del menor de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado, la propia Fiscalía General del Estado ha denunciado que este requisito rara vez es cumplido. No obstante, se insta a los fiscales a que no utilicen este incumplimiento como fundamentación para invalidar actos que fuesen respetuosos con los intereses de los menores. Por el contrario, en casos en los que si se aprecie desamparo o desprotección de los menores, la Fiscalía indica la obligación de actuar por parte de los Fiscales para la protección de los intereses de los menores¹⁰⁵.

De las anteriores manifestaciones se ha hecho eco también la doctrina, existiendo autores que denuncian este problema relacionado con el incumplimiento por parte de los representantes legales de los menores del mandato legal de comunicación previa. Abogando en este sentido por una mayor observancia del precepto en atención a la especial vulnerabilidad de los menores y los especiales efectos lesivos que provocaría la lesión en estos derechos en ellos¹⁰⁶.

En otro orden de cosas, en relación con la función de ganarte del Ministerio Fiscal debemos traer a colación, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, dispone en su art. 84.2 que la utilización o difusión de imágenes o información personal de menores en redes sociales y servicios de la información que puedan implicar una intromisión ilegítima de los derechos fundamentales determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará las medidas cautelares y de protección previstas en la LO 1/1996¹⁰⁷.

¹⁰³ Hernández Fernández, A.: “El derecho a la propia imagen de los menores en los medios de comunicación y redes sociales”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas tecnologías*, núm. 20, 2009.

¹⁰⁴ STS de 7 de octubre de 1996 (RJ 1996/7058).

¹⁰⁵ Instrucción 2/2006 de la Fiscalía General del Estado.

¹⁰⁶ Guilabert Vidal, M.R.: “Responsabilidad por los daños causados a los menores *Youtubers*”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 55, 2021, p5.

¹⁰⁷ Torres Keenlyside, A./ Ortiz Hernández, S./Garrós Font, I.: “El delito de *sexting* o difusión de imágenes obtenidas con anuencia y sin consentimiento”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2021.

Por otro lado, la doctrina es unánime respecto de que la validez del consentimiento legitimador de la intromisión, sujeto a las condiciones de madurez del menor, debe ponerse en conexión con el art. 162 Cc relativo a la facultad de representación de los progenitores¹⁰⁸. De manera que se entiende que art. 3.1 de la LO 1/1982 reitera lo dispuesto en el art. 162 Cc, pero ciñéndose a los derechos de la personalidad de honor, intimidad y la propia imagen¹⁰⁹.

Asimismo, cuando este consentimiento deba ser prestado por los titulares de la patria potestad o tutela de un menor de edad, en atención de lo dispuesto en el artículo 156Cc, deberá hacerse bajo el régimen que dispone el precepto el cual establece que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores. Por tanto, este consentimiento deberá ser prestado por ambos, o por uno solo de los progenitores con el consentimiento expreso o tácito del otro¹¹⁰.

Por el contrario, en aquellos casos en los que uno de los progenitores se opusiese, el otro podrá acudir a la vía judicial en orden a su autorización, siendo esta la corriente más habitual que podemos encontrar en nuestra jurisprudencia¹¹¹.

A modo de conclusión podemos colegir que el análisis precedente encuentra su fundamentación en la especial vulnerabilidad de los menores de edad, por encontrarse en pleno proceso de desarrollo personal, junto con la gran implicación que estos derechos tienen en relación con la libre formación de la personalidad, y las particulares consecuencias lesivas que un ataque contra estos provocaría. De manera que queda totalmente proscrita la difusión de imágenes o datos de menores en medios de comunicación, cuando esto fuese contrario a su interés, incluso en los casos en los que hubiese mediado consentimiento válido del menor o de sus representantes legales¹¹².

Asimismo, en los casos en los que a pesar de concurrir el consentimiento válidamente prestado, cuando se pudiera apreciar un menoscabo o lesión de los derechos de la personalidad del menor, o bien fuese contrario a sus intereses mediante la utilización de su imagen o nombre, debería propiciar la intervención de oficio del Ministerio Fiscal en defensa y protección de los menores ex art 4 de la LO 1/1996¹¹³.

¹⁰⁸ El citado precepto dispone que los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Exceptuándose de esta representación legal aquellos actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo

¹⁰⁹ Sánchez-Lafuente, F.R., *op. cit.*, pp.190-193.

¹¹⁰ Yebra J.A., *op. cit.*, pp.259-261.

¹¹¹ SAP Pontevedra de 4 junio de 2015 (JUR 2015/163149).

¹¹² Berrocal Lanzarot, A. I., *op. cit.*, pp. 17-18.

¹¹³ Sánchez-Lafuente F.R., *op. cit.*, pp.186-187.

3.2. El Derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. La capacidad del menor para registrarse en *Youtube*

Suele ser frecuente que en las redes sociales o en las plataformas de vídeo podamos observar a los creadores de contenido o *Youtubers* haciendo públicos aspectos de su vida privada o familiar. En este sentido destacamos los denominados *family channels* en los suelen participar todos los miembros de la familia en un día cotidiano.

En todos estos supuestos podría plantearse la vulneración de los derechos de honor, intimidad personal y familiar y propia imagen de los menores de edad que aparecen en los vídeos.

Simultáneamente junto con estos actos de disposición sobre los referidos derechos, se está suministrando a los servidores de la plataforma un archivo informático de código cifrado que contiene la imagen, y audio de voz que permiten inequívocamente la identificación personal de aquellos que aparecen en los vídeos, de manera que estos actos de disposición, concurren con el derecho fundamental a la protección de datos personales¹¹⁴.

El derecho fundamental a la protección de datos en el plano europeo tiene su origen en la construcción jurisprudencial alemana del derecho a la autodeterminación informativa. Fue en el año 1983 cuando el Tribunal Constitucional Federal de Alemania en sentencia de ese mismo año declaró que el derecho a la determinación informativa otorgaba a su titular la facultad de decidir cuándo y con qué límites dar a conocer situaciones de su vida privada, siendo necesaria la protección del individuo ante la recopilación, almacenamiento, uso y cesión limitados de sus datos¹¹⁵.

La evolución de la corriente jurisprudencial alemana tuvo su cristalización en el marco normativo europeo a través de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que fue declarada el 7 de diciembre del 2000. Donde en art. 8 dispone la protección de datos personales como un derecho fundamental, pudiendo cualquier persona exigir que todo tratamiento de sus datos personales sea realizado de modo leal, para fines concretos sobre la base del conocimiento de la persona afectada. Este derecho otorga a toda persona la facultad de acceder a sus datos recogidos, y a exigir su rectificación.

En el plano autónomo, la fundamentación constitucional de este derecho fundamental lo encontramos en el artículo 18.4 CE, que dispone 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.

¹¹⁴ Parra Membrilla, L.: “Responsabilidad civil derivada de la vulneración de los derechos de la personalidad en la red”, *Revista CESCO de derecho de Consumo*, núm. 21, 2017, pp. 15-17.

¹¹⁵ Polo Roca, A.: “El derecho a la protección de datos personales y su reflejo en el consentimiento del interesado”, *Revista de Derecho Político*, núm. 108, 2020, p. 172.

En este sentido nuestro Tribunal Constitucional declaró que el art. 18.4 CE incorpora un derecho garante de otros derechos de honor e intimidad. Esta garantía de intimidad entendida en el contexto de las nuevas tecnologías, se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la persona. Encontrando dentro de ésta la libertad informática, que contiene el derecho a controlar el uso de los datos insertos en un programa informático, y comprende el derecho de oposición del titular a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos que aquel que legítimamente justificó su obtención¹¹⁶.

En virtud de este derecho, el uso de datos suministrados a través de medios informáticos, diferente de aquel que motivó su cesión, podría constituir un grave atentado a los derechos fundamentales del de la persona¹¹⁷.

Este derecho fundamental garantiza a la persona el control sobre sus datos, cualesquiera sean esos datos personales, y sobre su uso y destino, para evitar el tráfico ilícito de los mismos o lesivo para la dignidad y los derechos de los afectados. Además se otorga a su titular la facultad de oponerse a que determinados datos personales sean usados para fines distintos a aquel que justificó su obtención¹¹⁸.

El marco jurídico vigente actual que desarrolla de forma especial el derecho a la protección de datos de carácter personal, está compuesto por el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). En el plano interno disponemos de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/199, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

La normativa citada define muy específicamente el concepto de dato, siendo este aquella información relativa a la persona identificada o identificable careciendo de relevancia su naturaleza pública o privada¹¹⁹.

En consecuencia, al igual que los datos de carácter personal requeridos para el registro de la plataforma como nombre, fecha de nacimiento, la imagen de una persona, su voz, o cualquiera otros datos o información que permitan su identificación, se encuentra dentro del ámbito de protección de este derecho fundamental al tener la consideración de datos personales¹²⁰.

¹¹⁶ STC de 20 de julio de 1993 (RTC 1993/254).

¹¹⁷ Auto del TC de 23 de julio 1986 (RTC 1986/642 AUTO).

¹¹⁸ Martínez Martínez, R.: “El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas”, *IDP, Revista de internet, Derecho y Política*, núm. 5, 2007, pp.48-50, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2372613>, consultado el 28.04.2021

¹¹⁹ Martínez Martínez, R., *op. cit.*, pp. 47-48.

¹²⁰ De Terwange, C., *op. cit.*, pp.53-55.

De manera que para el tratamiento de los datos del afectado deberá recabarse su consentimiento, cuyos requisitos exigidos para su validez *ex art. 6 de la LO 3/2018*, es que este sea prestado de forma libre (entendido como aquel otorgado al margen de cualquier presión o coacción, y por ende carente de vicio alguno); Informado (el usuario deberá ser informado previamente para que pueda evaluar las consecuencias del cese de los datos personales); específico (debe ser prestado con una finalidad específica, y siendo lícita exclusivamente la utilización de los datos recabados para dicha finalidad que motivo su cesión); inequívoco (no pudiendo existir ningún tipo de duda o equivocación, aunque no se exige la prestación de forma expresa, admitiéndose el consentimiento tácito o presunto); previo (debe prestarse en un momento anterior al tratamiento de los datos), y revocable (pudiendo el usuario revocar el consentimiento en cualquier momento)¹²¹.

De esta forma, el usuario de la red social o *Youtube* previamente a crear su perfil o canal, deberá registrarse y prestar el consentimiento al tratamiento de sus datos de carácter personal conforme a los requisitos expuestos. En el caso de menores de edad, en España únicamente podrá recabarse válidamente cuando el menor sea mayor de catorce años *ex art. 7 de la LO 3/2018*¹²².

Por el contrario, en los casos en los que el menor no alcanzase dicha edad, éste consentimiento solo será válido si es prestado por el titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que estos determinasen. De manera que, para registrarse en cualquier red social, o en *Youtube*, la validez del consentimiento prestado por el menor para recabar sus datos personales dependerá de si este ha alcanzado el citado umbral de los catorce años¹²³.

No obstante, en relación con las facultades tuitivas de los progenitores del menor debemos traer a colación el art. 84 de la lo 3/2018, dispone la obligación de los padres, tutores, curadores o representantes legales de que los menores sobre los que tengan la patria potestad, tutela o curatela, de que éstos hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de los servicios de la sociedad de la información a fin de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y sus derechos fundamentales¹²⁴.

Así las cosas, para finalizar, destacaremos que a pesar de las disposiciones analizadas en relación con el consentimiento necesario para el tratamiento de los datos personales, resulta complejo garantizar la veracidad de las manifestaciones

¹²⁰ STC de 22 abril de 2002 (RTC 2002/83).

¹²¹ Parra Membrilla L., *op. cit.*, pp. 17-22.

¹²² Recordemos que el reglamento (UE) 2016/679, en su art. 8 dispuso la edad de 16 años a partir de la cual el menor puede prestar consentimiento al tratamiento de sus datos de forma lícita. No obstante también prevé el precepto la facultad de los Estados Miembros de reducir esta edad en sus disposiciones de carácter interno, siempre y cuando ésta no sea inferior a 13 años, optando el legislador español por la edad de 14 años.

¹²³ Aviñó Belenguer, D.: “El consentimiento del menor de edad en el tratamiento de datos de carácter personal”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 54, 2020.

¹²⁴ Guilabert Vidal, M.R., *op. cit.*, 2021, p5.

formuladas por el menor al registrarse en la red social en relación a su edad u otros datos personales, dado que el titular del portal no dispone de herramientas para su contraste. Sin embargo, afirman autores que esto podría solucionarse mediante el uso generalizado del DNI electrónico, o reconocimiento facial como medios para aseverar la identidad de las personas que acceden a las TIC¹²⁵.

4. RÉGIMEN DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL DERECHO DE HONOR, INTIMIDAD PERSONAL, FAMILIAR Y PROPIA IMAGEN

Hasta finales del siglo XX, la vulneración de los derechos de la personalidad estudiados con anterioridad, solía proceder de intromisiones ilegítimas que comúnmente se materializaban mediante la colocación de carteles publicitarios expuestos en lugares públicos, llegando posteriormente a la difusión en medios de comunicación tales como la televisión y radio, etc.

Gracias al desarrollo de las nuevas *online*, *Internet* y particularmente de las redes sociales, se ha modificado notablemente tanto la tipología, como el número de posibles sujetos infractores. Estas circunstancias acentúan el número de fuentes de riesgo, y la cantidad y diversidad de los posibles sujetos responsables. Asimismo, han aumentado la intensidad y gravedad de las lesiones, debido a las posibilidades exponenciales en cuanto a la difusión de la intromisión.

A ello debemos sumarle el aumento creciente de la actividad de menores en las redes sociales, a los que, desde nuestra perspectiva de estudio, debemos observar como posibles sujetos pasivos de una potencial acción lesiva¹²⁶. Esta actividad en la red se ha traducido en un incremento de la aparición de menores en plataformas como *Youtube*¹²⁷, donde son expuestos de forma pública, lo que se traduce en un acrecimiento del riesgo de que las lesiones de los derechos de honor, intimidad y propia imagen tengan lugar en este entorno virtual¹²⁸.

De esta forma, uno de los mayores retos a los que se enfrenta la regulación que disciplina esta materia, es la defensa de los Derechos Fundamentales en Internet, debido al gran impacto que una lesión de este calibre puede tener en los menores de edad, se puede colegir la necesidad de un incremento en el nivel de protección dispensado¹²⁹.

¹²⁵ Parra Membrilla L., *op. cit.*, pp. 22-23.

¹²⁶ <https://www.elperiodico.com/es/activos/innovadores/20200601/la-presencia-de-los-menores-en-redes-sociales-aumenta-un-200-durante-el-confinamiento-7982584>, consultado el 12.05.21.

¹²⁷ López Villafranca, P; Olmedo Salazar, S.: “Menores en Youtube, ¿ocio o negocio? Análisis de casos en España y EUA, *El profesional de la información*, v.28, núm. 5, 2019, p.2, disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/290494657.pdf>, consultado el 13.05.2021.

¹²⁸ Parra Membrilla, L., *op. cit.*, p. 34.

¹²⁹ Gil Antón, A.M.: “El menor y la tutela de su entorno virtual a la luz de la reforma del código penal LO 1/2015”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 16, 2015p.277.

En este sentido, la Fiscalía General del Estado ha afirmado que la construcción de la teoría de los derechos al honor, la intimidad y a la propia imagen se instituye como contrapeso ante el poder que han ido adquiriendo progresivamente los medios de comunicación. En este sentido, ha puesto de relieve, por una parte, la mutación que éstos últimos han sufrido con respecto al avance de la sociedad de la información. Y por otra, el consecuente desarrollo dogmático jurisprudencial de estos derechos como consecuencia al fenómeno¹³⁰.

En consecuencia, a continuación abordaremos el estudio del régimen jurídico principal de protección de estos derechos de la personalidad, el cual viene dispuesto en la LO 1/1982.

Debemos destacar, que la Ley en primer lugar declara como principios generales los de indisponibilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad, así como el carácter irrenunciable de los derechos de la personalidad contenidos en el cuerpo legal. En relación con esta cuestión, resulta interesante puntualizar, que toda renuncia a la protección prevista en la ley será considerada nula. Sentado lo anterior, existen supuestos en los que la autorización por el titular del derecho pueda legitimar una eventual intromisión, tal y como dispone el art.2 de la Ley y que comentaremos más adelante.

Cabe destacar que esta previsión legislativa ha sido criticada doctrinalmente, puesto que parece contradecir el principio de indisponibilidad. Así las cosas, un sector de la doctrina entiende que esto debe interpretarse siguiendo la corriente doctrinal existente antes de la publicación de la ley. Así, tendrían cabida actos de disposición parciales, eventuales y concretos que no excluyan la titularidad del derecho en el futuro. Siendo, por tanto, antijurídicos aquellos actos de carácter perpetuo o de excesiva duración¹³¹.

En orden de definir el régimen de protección ofrecido por este cuerpo legal, es inexorable que la primera tarea a realizar sea poner en conexión los arts. 2 y 7 de norma objeto de estudio, cuya lectura combinada nos ofrecerá el marco general de amparo¹³².

El art.2 preceptúa que la protección civil de estos derechos, vendrá delimitada de una parte por lo dispuesto en las leyes. Y de otra parte, por la delimitación que el propio titular del derecho, que con sus propios actos y en atención a los usos sociales, determinará cuál es el aspecto reservado de la esfera íntima o privada que

¹³⁰ Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la Protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores.

¹³¹ Clavería Gosalbez, L.H.: "Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo", *Anuario de Derecho Civil*, Jerez, 1983, pp. 1251-1254.

¹³² Rovira Sueiro, M.E.: *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal, y familiar y a la propia imagen*, A Coruña, 1997, pp. 125-126.

permanecerá dentro del marco de protección¹³³. Y por ende cuál es aquel aspecto que decide extraer al ámbito de lo público¹³⁴.

A su vez, en relación con la actitud del propio titular, debemos conjugar la anterior afirmación con lo preceptuado en el art. 8.2, que exonera ciertas intromisiones del derecho a la propia imagen realizadas por terceras personas, cuando el afectado goza de suficiente notoriedad pública. De esta forma, queda configurado el marco general de protección dispuesto por la Ley, que queda al amparo de la autonomía del propio titular¹³⁵.

Doctrinalmente se critica que la redacción del precepto hace entender que si una persona con sus actos puede delimitar el contenido de lo protegido, entonces puede llegarse al punto en el que realmente los derechos se conviertan en renunciables. Por otro lado, del tenor literal puede interpretarse que el precepto habilita a la ley ordinaria a delimitar el contenido de estos derechos fundamentales, lo que permitiría que mediante esta clase de normas, se vaciase de contenido efectivo a estos derechos, cosa que no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico¹³⁶.

A su vez, el artículo art. 7 ofrece una lista de conductas, o supuestos de hecho que constituirán las denominadas intromisiones ilegítimas y que en consecuencia supondrían la lesión de los derechos en el ámbito de protección delimitado en art. 2. De esta manera, debemos hacer obligada referencia a este catálogo de conductas dispuesto en la ley, sobre las que se fundamentarán los supuestos quedarán lugar a vulneración de los derechos recogidos en la norma, y que por tanto serán susceptibles de generar responsabilidad civil¹³⁷.

¹³³ STC de 1 diciembre 1998 (RTC 1998/231).

¹³⁴ Berrocal Lanzarot, A.I.: “La protección jurídica de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de los menores de edad”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Madrid, 2016, pp.29-30.

¹³⁵ El art. 8.2 dispone que no se reputarán intromisiones ilegítimas la captación de imagen de aquellas personas tenidas como proyección pública, o cierta notoriedad, cuyas imágenes se capte en lugares o actos públicos. Así como tampoco constituirá lesión cuando la imagen de una persona aparezca como meramente accesoria a la noticia difundida.

¹³⁶ Clavería Gosalbez, L.H., *op. cit.*, pp. 1250-1251.

¹³⁷ El art. 7 de la LO 1/1982 dispone que son intromisiones del derecho al honor la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo que lesionen la dignidad del ofendido menoscabando su fama o atentado contra su propia estimación (art 7.7) o la utilización por el condenado en sentencia firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho económico la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos cuando ello suponga menoscabo de la dignidad de las víctimas (art 7.8). Respecto del derecho de intimidad personal y familiar se consideraría intromisiones ilegítimas 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 (art 7.1); 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 (art 7.2); 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 (art 7.3); La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela (art 7.4). Y respecto del derecho de propia imagen la

Una primera cuestión a destacar, es que la enumeración de conductas expuesta en el citado artículo, no debe ser entendido como una disposición *númerus clausus*, sujeta a interpretación taxativa. Antes bien, ha de ser interpretada como una lista abierta, ejemplificativa y sujeta a la interpretación. De esta forma, la protección de estos derechos puede llegar a extenderse más allá del tenor literal del precepto, y además encontrará su potencial de protección en la labor interpretativa de los órganos jurisdiccionales. Dotándose con ello a la norma de una capacidad evolutiva, respecto de la realidad social de cada momento¹³⁸.

En este sentido, cabe resaltar el contraste entre la antigüedad del texto legal, y su aplicabilidad a la casuística objeto de nuestro estudio, referida a la actividad de los *Youtubers* menores en la red, fenómeno de reciente aparición, pero de acelerada evolución en cuanto a su dimensión y trascendencia¹³⁹.

No obstante, podemos entrever que el Legislador ya era consciente de la necesidad de adaptación de la norma a la realidad social del momento, así como de la trascendente dimensión social de los derechos de la personalidad en cuestión. De esta forma, dejó patente en el propio texto que los derechos contenidos en la misma están sujetos a variaciones, por lo que han de experimentar evoluciones, lo que ocurre especialmente con el avance de las tecnologías¹⁴⁰.

Sin embargo, esto fue criticado por cierto sector de la doctrina, ya que entendían que la ley aspiraba a disponer una delimitación más taxativa y concreta de los derechos, de manera que la esfera de lo disponible hubiera quedado mejor circunscrita en la norma. Estos autores denunciaron que la redacción de la Ley en cuanto a los derechos, delimitación y protección es demasiado vaga¹⁴¹.

En este momento expositivo resulta conveniente desde nuestra opinión, traer a colación las anteriores consideraciones en cuanto a lo analizado previamente en relación con la capacidad natural de los menores, vinculada con el ejercicio de los derechos de la personalidad.

En este sentido, creemos que siendo los derechos de honor, intimidad y propia imagen, derechos inherentes a la persona, su ejercicio, tanto negativo como positivo, supone una manifestación de voluntad, de acuerdo con el libre desarrollo de la personalidad del titular del derecho. Y en consecuencia, una redacción exhaustiva y taxativa del contenido material y límites de estos derechos, coaccionaría en exceso

captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos (art.7.6); La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga (art 7.7).

¹³⁸Rovira Sueiro, M.E., *op. cit.*, pp. 129-137.

¹³⁹Guilabert Vidal, M.R.: “Responsabilidad por los daños causados a los menores *youtubers*”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 55, 2021, p.10.

¹⁴⁰Rovira Sueiro, M.E., *op. cit.*, p.136.

¹⁴¹Clavería Gosálbez, L.H., *op. cit.*, pp. 1243-1252.

el libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad, de acuerdo a la evolución social del momento.

4.1. Conductas generadoras de responsabilidad civil, intromisiones ilegítimas.

Estando delimitado en la norma el marco legal de las intromisiones ilegítimas y sus exenciones, debemos poner todo ello en conexión con la casuística más común que podemos encontrar, en relación con la actividad de los menores de edad en plataformas audiovisuales *online*, como es el caso de *Youtube*.

En relación al derecho de honor, podemos considerar como intromisiones ilegítimas los videos de contenido vejatorio o humillante que vulnerasen la dignidad del menor. Ya fuese porque en el vídeo los padres realizasen dichos actos o manifestaciones dirigidos contra el menor. O bien, porque el menor fuese manipulado o instrumentalizado para realizar actos o manifestar expresiones que fuesen ofensivas dirigidas a procurar su daño y descrédito. Estas intromisiones, muy probablemente concurrirían a su vez, con la lesión de otros derechos fundamentales como los de intimidad y la propia imagen¹⁴².

Asimismo, deben tenerse comprendidos como intromisión ilegítimas al honor, los casos de *ciberacoso* o *ciber-bullying* al que se encuentran continuamente expuestos los menores en *Youtube*. El acoso *online* como también es conocido, podemos conceptualizarlo brevemente como un hostigamiento que se produce entre iguales, que tiene lugar de forma pública, donde destaca con frecuencia la invisibilidad del agresor, junto con la disposición constante de la víctima siete días a la semana durante las veinticuatro horas del día, el cual se lleva a cabo a través de medios electrónicos. Esta circunstancia produce un aumento exponencial del número de espectadores¹⁴³.

De igual modo, no debemos olvidar que indistintamente el menor podrá ser objeto de *bullying* o acoso tradicional. Este fenómeno ocurre en el entorno analógico o real del menor, llevado a cabo por compañeros de clase.

La mera exhibición del menor en la red supone *per se*, la sumisión de éste frente a la opinión pública. Esto implica como consecuencia inmediata, la sujeción a los comentarios y opiniones que libremente pueden ser manifestados por terceras personas, las cuales no siempre mantienen una conducta amigable o constructiva con la persona que se muestra en el video.

En este sentido, se debe tener muy presente el fenómeno *hater*, El cual ha germinado en el seno de las redes sociales. Los *haters* son un tipo usuarios que se encontramos principalmente en las redes sociales, y que suelen mostrar una actitud

¹⁴²Berrocal Lanzarot, A.I., *op. cit.*, p. 41.

¹⁴³Guilabert Vidal, M.R.: *Acoso escolar y cyberbullying: tutela civil y penal*, Madrid, 2019, pp. 46-50.

hostil, amenazante o desdeñosa. Su actividad se manifiesta a través de comentarios en los *chat* de los vídeos, donde plasman todo tipo de expresiones de fuerte contenido humillante, o injurioso, cuyo objeto no es otro que el de causar un daño en la honra personal del destinatario, que normalmente coincide con la persona que se muestra en el material audiovisual¹⁴⁴.

Otra forma de ciberacoso es el *Happy Slapping*, que consiste en la grabación para su posterior difusión de videos de agresiones o vejaciones. Este tipo de acoso se caracteriza por dirigirse a una víctima sorprendida en una actitud rídiculizante, con el objeto de avergonzarla ante la audiencia del video. Existen numerosos ejemplos en la red en los que los menores, tras realizar la acción vejatoria, suben el vídeo en la red con objeto de darle una difusión mayor¹⁴⁵.

Así pues, a la hora de valorar la entidad de la lesión, estas intromisiones deberán ser consideradas por el juzgador en todo caso, como especialmente lesivas debido a la gran difusión que pueden alcanzar, al tener lugar a través de un medio de comunicación como es *Youtube*¹⁴⁶.

Por otro lado, debemos destacar, que Internet amplifica las posibilidades de que cualquier persona pueda ejercer su derecho a informar, aunque no se ejercite a través de medios de comunicación institucionalizados. Esta circunstancia resulta interesante, pues produce una ampliación del ámbito objetivo del ejercicio de la libertad de información, que deberá ser tenido en cuenta ante una posible colisión entre los derechos de honor e información¹⁴⁷.

Respecto del derecho a la intimidad personal y familiar, podemos plantear la intromisión ilegítima de la intimidad del menor, por ejemplo, respecto de los vídeos donde aparece en su hogar familiar, realizando actos de la vida cotidiana, o hablando sobre su vida personal. No necesariamente esta exposición debe circunscribirse en exclusiva a su domicilio, sino a todo aquel entorno que pudiera considerarse como íntimo. Por lo que igualmente, deben ser entendidas como intromisiones ilegítimas aquellas hipótesis donde el menor se encuentra en un espacio reservado, como por ejemplo el vehículo familiar, junto con sus seres queridos¹⁴⁸.

También se consideraría intromisión ilegítima, la divulgación en *Youtube* 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 íntimo¹⁴⁹.

¹⁴⁴ Guilabert Vidal, M.R., *op. cit.*, p. 3.

¹⁴⁵ Lorente López, M.C.: “La vulneración de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores a través de las nuevas tecnologías”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2015.

¹⁴⁶ Berrocal Lanzarot, A.I., *op. cit.*, p.41.

¹⁴⁷ Sanchis Crespo, C.: “La tutela judicial del derecho al honor, internet y la blogoesfera”, *Diario la Ley*, núm. 8035, sección doctrina, 2013, p. 10.

¹⁴⁸ Berrocal Lanzarot, A.I., *op. cit.*, p.42.

¹⁴⁹ Parra Membrilla L., *op. cit.*, p. 38.

De igual forma serían susceptibles de lesión, toda publicación, ya sea en redes sociales, foros, *blogs*, vídeos, o el *chat* integrado en éstos, de hechos relativos a la vida privada del menor que afectasen su reputación o buen nombre

En cuanto del derecho a la propia imagen, serían conductas constitutivas de lesión de este derecho los vídeos publicados en *Youtube* donde aparezca la imagen del menor, sin ser relevante aquí que la difusión se produzca en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos. En estos supuestos, la intromisión ilegítima del derecho de imagen concurriría con la lesión del derecho de intimidad como acabamos de analizar.

La publicación de imágenes de un menor en *Youtube*, produce un primer efecto inmediato fruto de su difusión, que es la accesibilidad a esa imagen por cualquier persona a nivel global. Por este motivo, desde el momento en el que el vídeo se encuentra disponible en la Red, la imagen del menor escapa del control del creador, y en consecuencia dicha imagen podrá ser copiada y reproducida indefinidamente por terceros¹⁵⁰.

No obstante, el acceso y disponibilidad pública de una imagen de una persona en cualquier red social o plataforma de video como *Youtube*, no legitima la copia y posterior reproducción por terceras personas sin el consentimiento expreso del titular¹⁵¹.

En este sentido podemos traer a colación la conocida STS de 15 de febrero de 2017, por la que se condenó al periódico “La opinión de Zamora” a una indemnización de 15.000 euros por la publicación en su portada de la imagen de una persona obtenida a través de una red social y sin su consentimiento¹⁵².

Por otro lado, debemos recordar lo estudiado anteriormente en relación a la validez del consentimiento. En los casos en los que la publicación de la imagen del menor de catorce años se llevase a cabo sin el consentimiento de los representantes legales de éste, y con ausencia del Ministerio Fiscal, esta difusión debe ser reputada a todas luces como contraria al ordenamiento jurídico¹⁵³.

Por el contrario, en virtud del art. 7 de la LO 3/2018 de Protección de datos Personales y Garantías de los derecho digitales, cuando el consentimiento hubiese sido prestado por el menor mayor de catorce años, no debería existir a priori, lesión del derecho a la propia imagen del menor¹⁵⁴.

¹⁵⁰Pérez Díaz, R.: “La imagen del menor en las redes sociales”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, 2018, p.4.

¹⁵¹Loriente, L.: “¿Pueden utilizarse por terceras personas tus fotos publicadas en redes sociales?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 945, 2018.

¹⁵²STS de 15 de febrero 2017 (RJ 2017/91).

¹⁵³STS de 19 de noviembre 2008 (RJ 2008/6055).

¹⁵⁴Pérez Díaz, R., *op. cit.*, p.16.

Sin embargo, creemos que en el supuesto de mayores de catorce años, la anterior afirmación resultará de aplicación sin perjuicio de una ulterior constatación de lesión contraria al interés superior del menor que invalidaría dicho consentimiento, tal y como expondremos con posterioridad.

No obstante, para confirmar la intromisión del derecho de imagen de los menores, deben ser tenidos en cuenta los criterios jurisprudenciales utilizados para apreciar su existencia que son los que a continuación se expresan; la inexistencia de relevancia pública de la difusión, en los casos de colisión con el derecho a la información; el carácter accesorio de las imágenes respecto de la noticia publicada¹⁵⁵, así como la existencia de consentimiento del titular o sus representantes legales¹⁵⁶.

A lo anterior debemos recordar lo dicho en su momento respecto de que la existencia de intromisión ilegítima exige que la imagen permita la identificación o reconocimiento del menor¹⁵⁷. Esta afirmación también sería de aplicación inclusive en los casos en los que se difunde la imagen de un bebé, el cual, debido a su rápida evolución fisiológica pudiera hacer muy difícil su identificación¹⁵⁸.

No obstante, debemos tener en cuenta lo preceptuado en el art. 8.2ª) de la LO 1/1982, en relación con los supuestos en los que la popularidad o especial notoriedad del titular del derecho legitima la intromisión sufrida sin su consentimiento, cuando su imagen se obtenga en lugares abiertos al público¹⁵⁹. Sin embargo, cuando esta cualidad concorra en una determinada persona, la legitimación de la intromisión será exclusivamente aplicable a su imagen. En consecuencia, cuando esta persona se encuentre acompañada de sus hijos menores, en ningún caso podrá extenderse la exención respecto de estos¹⁶⁰.

En este sentido la STS de 12 de julio de 2004, declaró la existencia de intromisión ilegítima del derecho de imagen de una menor, por unas fotografías publicadas en una revista, que permitían su reconocimiento, donde aparecía junto a su madre, de reconocida entidad pública¹⁶¹.

Descendiendo al campo de los menores *youtubers*, se nos plantea la cuestión de aquellos casos en los que se alcance una gran notoriedad por su actividad en *Youtube* podría también resultar afectado por la mencionada exención en atención a

¹⁵⁵Flores Anarte, L.: “Facebook y el derecho al a propia imagen: reflexiones en torno a la STC 27/2020, de 24 de febrero”, *Estudios de Deusto*, Vol. 68/1, 2020, pp. 13-16.

¹⁵⁶Chaparro Matamoros, P.: “El derecho a la propia imagen. Especial referencia a los menores de edad”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10, 2014, p. 24.

¹⁵⁷Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la Protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores.

¹⁵⁸SAP Madrid de 10 de noviembre 1998 (AC 1998/22254).

¹⁵⁹Santos Morón, M.J.: “Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, Madrid, 2011, p. 76.

¹⁶⁰Gil Antón, A.M.: *El derecho a la propia imagen del menor en internet*, Madrid, 2013, pp. 234-235.

¹⁶¹STS de 12 de julio 2004 (RJ 2004/4374).

su proyección pública, o por el contrario el interés superior del menor actuaría como contrapeso de dicha exención.

4.2. Régimen especial de protección civil de los menores de edad

Estando el objeto de nuestro estudio centrado en la actividad de los menores de edad en *Youtube*, una vez analizado el régimen jurídico de protección, así como el abanico de intromisiones ilegítimas de los derechos de la personalidad, debemos estudiar en detalle el marco de protección reforzada establecido por la Ley Orgánica 1/1996, que dispone un régimen de salvaguarda específico de estos derechos en el caso de menores. Esta regulación prevé particularmente un incremento de las facultades de garantía del Ministerio Fiscal, prescribiéndose su actuación de oficio, y otorgándole legitimación activa en la defensa de los intereses de los menores.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha reconocido expresamente este aumento del nivel de protección hacia el menor mediante la Sentencia de 12 de julio de 2004 que “(...) Los mecanismos legales de protección de los derechos fundamentales de los menores establecidos en la Ley Orgánica 1/1982, art. 3, se refuerzan en la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero(...)”¹⁶².

Esta configuración legal halla su mayor justificación en el daño exponencial, cuando el ataque a los derechos de la personalidad afecta a los menores, y en particular cuando este ataque tiene lugar a través de los medios de comunicación¹⁶³.

Este régimen específico de protección se encuentra principalmente dispuesto en el art. 4 de la Ley Orgánica 1/1996. El precepto declara que los derechos de honor, intimidad y propia imagen, también comprenden la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como el secreto de las comunicaciones.

El artículo mencionado dispone además en su punto segundo, la intervención de oficio del Ministerio Fiscal. De este modo deberá instar de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley, y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados ante cualquier difusión de información o utilización de imágenes o nombre de menores en medios de comunicación, que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación¹⁶⁴.

En relación con esta cuestión existen autores que defienden que esta legitimación del ministerio fiscal se debería haber configurado con carácter subsidiaria a la legitimación de los representantes legales, de esta manera resultaría

¹⁶²STS de 12 de julio 2004 (RJ 2004/4374).

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

¹⁶⁴Berrocal Lanzarot, A.I., *op. cit.*, pp.43-44.

efectiva en el caso de ausencia de éstos, o que bien no ejercitasen la acción oportunamente¹⁶⁵.

En cualquier caso, esta facultad del Ministerio Fiscal, en representación de los intereses del menor, cobrará aún más protagonismo si cabe, en aquellos supuestos donde el menor se encuentra desamparado o carezca de capacidad de obrar suficiente para actuar por sí mismo¹⁶⁶.

En consonancia con la función de garante del Ministerio Fiscal, debemos recordar los casos en los que el consentimiento excluyente de intromisión debe ser prestado por el representante legal del menor, junto con la obligación legal de puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal como condición constitutiva de validez de dicho consentimiento.

En este sentido, se pronunció el Tribunal Supremo en la STS de 19 de noviembre de 2008 “(...) tratándose de menores y siendo titulares de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución en el artículo 18, con plena capacidad jurídica, ha de partirse de la base de que siempre que no medie el consentimiento de los padres o representantes legales de los menores con la anuencia del Ministerio Fiscal, la difusión de cualquier imagen de éstos ha de ser reputada contraria al ordenamiento jurídico (...)”¹⁶⁷.

Sería deseable que las anteriores consideraciones se complementasen con algún otro método orientado a la acción preventiva. A estos efectos, resultaría conveniente realizar una valoración pormenorizada del caso (tipo de actividad, existencia de ánimo de lucro etc.) en orden de estimar adecuadamente el riesgo de lesión sobre el menor *ex ante*, que entendemos es el objeto del precepto¹⁶⁸. Sin embargo, resulta patente en la realidad, la omisión de esta comunicación obligatoria por los representantes legales del menor, que unido a la dificultad de comprobación de oficio de toda la actividad en la red, hacen muy difícil llevar a la práctica la actividad preventiva encomendada por la norma al Ministerio Fiscal.

En consonancia con lo anterior, debemos recordar que la propia Fiscalía General del Estado puso de manifiesto en su Instrucción del año 2006, la realidad fáctica de este incumplimiento del deber de información por parte de los representantes legales¹⁶⁹.

No obstante, dada la acentuación del problema en el ámbito de las redes sociales, en relación de la prevención llevada a cabo antes de la intromisión, existen

¹⁶⁵Sánchez Gómez, A.: “El marco normativo tradicional para la protección de los derechos de la personalidad del menor. ¿Alguna asignatura pendiente en el siglo XXI?”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, 2016.

¹⁶⁶SAP Madrid de 10 de noviembre 1998 (AC 1998/22254).

¹⁶⁷STS de 19 noviembre 2008(RJ 2008/6055).

¹⁶⁸Guilabert Vidal, M.R., *op. cit.*, p.6.

¹⁶⁹Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la Protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores.

autores que denuncian que quizás, una posible solución preventiva sería exigir a los prestadores del servicio una responsabilidad similar a la que tiene un medio de comunicación¹⁷⁰.

En otro orden de cosas, a tenor de lo dispuesto en el art. 4.3, para que se produzca la intervención de oficio del Ministerio Fiscal, las intromisiones sobre la imagen o nombre de los menores deberán producirse en medios de comunicación. En este sentido la doctrina es unánime en que estas nuevas tecnologías de la información entre las que se encuentran las redes sociales como *Youtube*, constituyen los nuevos medios de comunicación¹⁷¹.

En este sentido, el legislador consciente de los nuevos peligros que entrañan estos entornos virtuales para los menores, ha plasmado esta circunstancia en el reciente proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Este proyecto de Ley orgánica dispone un capítulo exclusivo dedicado a las nuevas tecnologías, donde se promueve un uso seguro y responsable de internet por parte de los niños, adolescentes y las familias, y donde se establecen mecanismos de control y prevención de fenómenos de violencia contra niños y adolescentes como el *ciberbullying*, el *grooming*, o el *sexting*¹⁷².

Continuando con el análisis del art. 4, debemos indicar que el apartado tercero, considera como intromisión ilegítima cualquier utilización de la imagen o nombre del menor en medios de comunicación que pudiera implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, incluso si constare consentimiento válido prestado por el menor o sus representantes fiscales.

Sobre este particular deviene necesario referirnos a la STS de 19 de noviembre de 2008, que muestra la aplicación del precepto por el Alto Tribunal en la que se estableció que “(...) Tratándose en el presente caso, además, del conflicto originado por la difusión de una fotografía de dos niños de corta edad, ha de hacerse referencia obligada al refuerzo que la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero (RCL 1996, 145) , de protección jurídica del menor, hace de la protección dispensada por la Ley Orgánica 1/1982, como se dice expresamente en su preámbulo o exposición de motivos, estableciendo, después de reconocer el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, de los menores (artículo 4.1) y de imponer la intervención del Ministerio Fiscal frente aquellos actos que puedan constituir intromisión ilegítima en esos derechos ...”;... tratándose de menores y siendo titulares de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución en el artículo 18, con plena capacidad jurídica, ha de partirse de la base de que siempre que no

¹⁷⁰Moreno Bobadilla, A.: *Estudio jurídico del derecho a la intimidad y su especial incidencia en el caso de los menores de edad*, Madrid, 2015, pp. 276-277.

¹⁷¹Gutiérrez Mayo, E.: “Instamamis: la exposición de menores en redes sociales por sus progenitores. Análisis civil”, disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/instamamis/>, consultado el 27.05.2021.

¹⁷²https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-22-4.PDF, consultado el 27.05.2021.

medie el consentimiento de los padres o representantes legales de los menores con la anuencia del Ministerio Fiscal, la difusión de cualquier imagen de éstos ha de ser reputada contraria al ordenamiento jurídico. A mayor abundamiento, aún en el supuesto de que se cuente con el beneplácito paterno o tutelar, si la imagen difundida atenta o menoscaba la honra, la intimidad personal y familiar y la imagen del menor, la utilización de la misma constituye un atentado al derecho a la imagen de su titular (...)"¹⁷³.

No obstante, cabe resaltar lo denunciado por algunos autores, al declarar la contradicción del art. 4.3 de la LO 1/1996, con el art. 3 de la LO 1/1982, en relación con el consentimiento válidamente prestado. Pues entienden que existe incongruencia al disponer el art. 4.3 de la LO 1/1996 la posibilidad de que se declaren ilegítimas intromisiones que han sido consentidas válidamente por el menor con madurez suficiente, en conformidad con el art. 3 de la LO 1/1982.

Más contradictorio aún si cabe, resulta el caso en el que la intromisión hubiese sido validada por el Ministerio Fiscal (o el juez), y a pesar de ello el acto previamente aprobado, pueda ser considerado posteriormente ilícito por aquel mismo órgano que lo aprobó previamente¹⁷⁴.

De cualquier forma, ello no ha obstado para que la jurisprudencia haya confirmado la procedencia de la aplicación del precepto de constatarse la existencia de intromisión contraria al interés del menor¹⁷⁵. De este modo, se materializa la posibilidad de que en sede judicial se revoque el consentimiento válidamente prestado *ex ante*, tras la ulterior acreditación de que la intromisión para la que se prestó resultaba ser contraria a sus los intereses¹⁷⁶.

Partiendo de estas premisas creemos que la interpretación correcta del precepto debe hacerse, siguiendo la citada Sentencia, en relación con aquellos casos en los que el consentimiento fue válidamente prestado para un concreto acto supuestamente lícito. Pero el acto que eventualmente se lleva a cabo, difiere de aquel que fue previamente autorizado por el Ministerio Fiscal, y que finalmente contraviene el superior interés del menor.

Otro sector doctrinal ha criticado que el artículo no deja claro si, en relación a los menores, solo se considerarán intromisiones ilegítimas las dispuestas en el art. 4 de la ley, o si éstas concurren con las preceptuadas en el art. 7 de la LO 1/1982. Sobre esta cuestión podemos colegir que la doctrina mayoritaria se inclina por que las disposiciones del artículo 4 de la LO 1/1996 complementan o amplían las dispuestas en la LO 1/1982¹⁷⁷.

¹⁷³ STS de 19 de noviembre 2008 (RJ 2008/6055).

¹⁷⁴ Santos Morón, M.J., *op. cit.*, p. 77.

¹⁷⁵ STS de 19 de julio 2000 (RJ 778/2000).

¹⁷⁶ SAP Sevilla de 6 de febrero 2013 (JUR 2013/206673).

¹⁷⁷ Sánchez Gómez, A., *op. cit.*

Asimismo, debemos recordar que cuando el apartado tercero del precepto hace referencia a la publicación de imágenes o nombre de los menores, debe ser interpretado en el sentido de aquellas imágenes del menor que permitan su identificación o den a conocer su identidad. Por lo tanto, dentro del supuesto estarán comprendidas no solo imágenes donde se le pudiese reconocer, sino cualquier imagen que pudiese revelar datos relevantes de su identidad.

Por lo que podrían considerarse intromisiones ilegítimas aquellos vídeos de *Youtube* en los que apareciesen sus padres, domicilio o centro docente junto con otras circunstancias, o datos que permitan la identificación del menor, y que pudiese ser considerado contra sus intereses, aun mediando consentimiento válido¹⁷⁸.

4.3. Tutela civil frente a las intromisiones ilegítimas de los derechos de la personalidad

El régimen de tutela civil previsto para la defensa de los derechos estudiados, frente a intromisiones ilegítimas, se encuentra dispuesto en el art. 9 de la LO 1/1982. Este precepto dispone un sistema de responsabilidad civil que regirá tanto en el supuesto de daños derivados de ilícitos civiles como penales. Este régimen plantea las particularidades que analizaremos a continuación, respecto de la configuración diseñada en materia de responsabilidad civil dispuesto en el art. 1902 Cc.¹⁷⁹.

El apartado primero del artículo, preceptúa, que la tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas de los derechos referidos en la ley podrá recabarse por las vías procedimentales ordinarias, o por el procedimiento previsto en el art. 53.2 CE, así como por la vía del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, cuando proceda.

En primer lugar, en cuanto a la vía ordinaria *ex art* 249.2 de la LEC, donde se prevé el juicio ordinario, la única especialidad reside en que el ministerio Fiscal será siempre parte y que su tramitación tendrá carácter preferente. Y en segundo lugar, el recurso de amparo, puesto que el art. 53.2CE prevé la posibilidad de recabar esta tutela además de la de los tribunales ordinarios, a través del procedimiento sumario¹⁸⁰.

A continuación, el punto segundo del artículo conforma la tutela ofrecida por la norma para la protección de los derechos. La misma está compuesta por un elenco de acciones encaminadas a poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate;

¹⁷⁸Sánchez Lafuente, F.R.: “La protección de los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor con suficiente madurez: entre el respeto a sus decisiones y la intervención del Ministerio Fiscal”, *Foro nueva época*, vol. 18, núm. 2, Cádiz, 2015, pp.196-198.

¹⁷⁹De Verda y Beamonte, J.R.: “El resarcimiento del daño moral en España por las intromisiones ilegítimas en la intimidad del otro cónyuge”, *IUS, Revista del Instituto de ciencias jurídicas de puebla de México*, núm. 46, 2020, pp.79-81.

¹⁸⁰Gil Antón, A.M., *op. cit.*, pp. 296-297.

restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos; el cese inmediato de la intromisión y reposición al estado anterior; la prevención de intromisiones inminentes o ulteriores; la indemnización de los daños y perjuicios causados, así como permitir al perjudicado la apropiación del lucro obtenido con la intromisión ilegítima por el causante. A lo que debe añadirse la posibilidad de adopción de las medidas cautelares necesarias para asegurar su efectividad.

Asimismo, en el exclusivo caso del derecho al honor, se prevé la publicación de la sentencia condenatoria como parte del restablecimiento del perjudicado del derecho violado. No obstante, en el caso en el que hayan intervenido menores, la aplicación del precepto necesita ser objeto de matización.

En estos supuestos, la publicación de la sentencia, como medida de restablecimiento del derecho lesionado, podría tener un efecto contrario al querido por el precepto. Ello es debido a la traslación reiterada de los propios hechos considerados prejudiciales al foco de la opinión pública¹⁸¹.

En este sentido, se ha pronunciado también la Fiscalía General del Estado en su instrucción 2/2006 de 15 de marzo, donde se indicaba a los fiscales a que en estos casos postularán por una publicación parcial de la sentencia que evitase cualquier perjuicio adicional al menor. O en su caso, instasen la no aplicación del precepto cuando la publicación pudiera ser contraria al interés superior del menor¹⁸².

En relación con las medidas cautelares, éstas comprenderán todas aquellas previstas en la LEC, mediante las cuales se persigue la efectividad de la resolución que en su día pueda recaer en el litigio con carácter firme¹⁸³. Podemos observar variada tipología de medidas cautelares adoptadas dentro de nuestra jurisprudencia, en este sentido, el Tribunal Constitucional en su sentencia de 19 de julio de 2010, confirmó la adopción de medida cautelar en relación con la suspensión de la emisión del programa de televisión donde se constató tuvieron lugar las intromisiones del derecho de honor del demandante¹⁸⁴.

De igual forma, en su STS de 7 de junio de 2001, el Tribunal Supremo confirmó la procedencia de la prohibición de la venta de los libros del autor en los que se constató que se habían realizado las manifestaciones lesivas del derecho de honor del ofendido¹⁸⁵.

¹⁸¹SAP Sevilla de 23 de febrero 2004 (JUR 2004/105596).

¹⁸²Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la Protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores.

¹⁸³Asencio Mellado, J.M.: *Derecho procesal civil*, Valencia, 2015 pp.491-499.

¹⁸⁴STC de 19 de julio 2010 (RTC 2010/34).

¹⁸⁵STS de 7 de junio 2011 (RJ 2011\5714).

Por otro lado, la Audiencia Provincial de Barcelona en su Auto de 8 de septiembre de 2006 declaró procedente el secuestro del libro publicado por el demandado donde reflejó manifestaciones lesivas del derecho de honor del actor¹⁸⁶.

Igualmente, la Audiencia Provincial de Madrid en su Auto de 31 de diciembre de 2002, estimó conveniente el embargo de bienes y rentas de los demandados por importe de 15.000 pesetas, para cubrir las cantidades que se pudiesen estimar en la sentencia como indemnizatorias del daño moral causado por la intromisión ilegítima en el honor e intimidad de la demandante, mediante difusión pública en un periódico¹⁸⁷.

Asimismo, mediante Auto de 31 de enero de 2008, la Audiencia Provincial de Madrid acordó como procedente la medida cautelar de abstención del demandado de la publicación de las imágenes en las que figuraba la persona del demandante, en tanto se resolvía el litigio donde se ventilaban las posibles intromisiones ilegítimas del derecho de honor e intimidad de la actora¹⁸⁸.

En otro orden de cosas, la tutela ofrecida prevé la indemnización de los daños y perjuicios causados con la intromisión por el condenado, donde se disponen ciertas particularidades respecto del régimen general de responsabilidad extracontractual preceptuado en el art. 1902 Cc.

Recordemos que en el régimen común, una vez declarada la responsabilidad civil de una persona que con su conducta activa u omisiva ha causado un daño o perjuicio a otra, y siempre que se cumplan los requisitos del daño resarcible, es decir, que el daño esté conectado por una relación de causalidad con la conducta realizada, sea antijurídico y sea cierto, nacerá la obligación de reparar el daño o perjuicio por el responsable.

Esta reparación del daño puede realizarse por dos vías distintas. En primer lugar, será preferente el resarcimiento mediante el restablecimiento al perjudicado en la situación anterior a la producción del daño, a través de la reparación o sustitución de la cosa dañada. No siendo lo anterior posible, tendrá lugar la reparación por equivalente, consistente en la entrega de una cantidad pecuniaria destinada a compensar el daño sufrido¹⁸⁹.

En este punto debemos hacer una breve mención a la clasificación doctrinal de los tipos de daños resarcibles en materia de responsabilidad civil. De esta forma encontramos por un lado los daños patrimoniales, que son aquellos que recaen sobre un objeto material, y que se subdividen en el daño emergente (como aquel que se materializa en las pérdidas sufridas equivalentes al menoscabo sufrido y que

¹⁸⁶AP Barcelona, Auto de 8 de septiembre 2006 (AC 2007/678).

¹⁸⁷AP Madrid, Auto de 31 de diciembre 2002 (JUR 2003/49548).

¹⁸⁸AP Madrid, Auto de 31 de enero 2008 (AC 2008/716).

¹⁸⁹Naveira Zarra, M.M.: "La valoración del daño resarcible", *Anuario de la facultad de derecho*, 2003, pp. 597-598.

generalmente ocasionan disminuciones materiales), y el lucro cesante (constituidas por la falta de consecución de las ganancias que se habrían ingresado en el patrimonio del perjudicado de no haber tenido lugar el hecho dañoso)¹⁹⁰.

Por otro lado, encontramos los daños extrapatrimoniales, los cuales especialmente se caracterizan por su inestimabilidad pecuniaria, y que igualmente podemos diferenciar entre daños corporales o personales (siendo aquellos que recaen sobre la esfera jurídica personal del individuo y que en concreto se materializan en daños físicos, psíquicos) y los daños morales¹⁹¹.

Respecto del daño moral, este puede ser conceptualizado como toda limitación que sufre una persona damnificada, siempre que ello suponga cierta perturbación de su personalidad o de su dignidad que, por su naturaleza, no cabe incluir, en los daños materiales, concibiéndose por tanto el daño moral, como un concepto residual¹⁹².

Asimismo, la jurisprudencia ha reconocido que la determinación del daño moral constituye una noción dificultosa¹⁹³. Delimitando que debe sentarse una situación fundamental para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable, consistente en un sufrimiento o padecimiento psíquico, que considera ocurre en diversas situaciones como el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra (como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre) ansiedad, angustia, incertidumbre, impacto, quebranto y otras situaciones anímicas disimilares¹⁹⁴.

Por lo que respecta del daño o perjuicio causado en el ámbito de los derechos de la personalidad aquí analizados, la indemnización tendrá lugar con ocasión de una intromisión ilegítima, presumiéndose el perjuicio una vez acreditada la misma *ex art. 9.3*¹⁹⁵.

Por tanto, entendemos que aquí radica la principal diferencia que encontramos en este régimen particular, respecto del régimen común de responsabilidad civil extracontractual del art 1902 Cc, la cual versa sobre uno de los requisitos principales para que tenga lugar el daño resarcible, es decir, la omisión de necesidad de acreditar el daño, pues en virtud del art 9.3 no se deberá probar la certeza de su existencia una vez resulte acreditada una intromisión ilegítima.

Respecto de la presunción preceptuada, el artículo no aclara si el daño que se presume es solo el de naturaleza moral o también el de contenido patrimonial.

¹⁹⁰Macía Gómez, R.: “La dualidad del daño patrimonial y el daño moral”, *Revista Asociación Española de Abogados*, 2010, pp. 22-31.

¹⁹¹Naveira Zarra, M.M.: *El resarcimiento del daño en la responsabilidad extracontractual*, A Coruña, 2004, pp. 76-81.

¹⁹²Macía Gómez, R., *op. cit.*, p.22.

¹⁹³STS de 5 de junio 2014 (RJ 2014/3087).

¹⁹⁴STS de 31 de mayo 2000 (RJ 2000/5089).

¹⁹⁵Guilabert Vidal, M.R., *op. cit.*, p.10.

A este respecto, existen dos posiciones doctrinales diferentes que debemos mencionar. Por un lado, aquella que aboga por que esta presunción contiene a ambos daños, pero que en el caso de los morales la presunción se entiende *iuris et de iure*, (diferiendo en este sentido respecto de los patrimoniales, que admitirían prueba en contrario). Por otra parte, otro sector doctrinal entiende que la presunción solo alcanza a los daños morales, debiendo ser los de carácter patrimonial acreditados por aquel que reclama su indemnización, siendo su principal argumentación la dificultad probatoria de los daños morales¹⁹⁶.

La doctrina del Tribunal Supremo parece inclinarse por la segunda posición, mediante la cual solo opera la presunción respecto de los daños morales. Debiéndose por tanto acreditar los daños patrimoniales para que pueda nacer el derecho a su indemnización¹⁹⁷.

Una segunda cuestión que debemos abordar versa sobre su carácter, en definitiva si ha de entenderse como una presunción *iuris et de iure* o *iuris tantum*. Existen autores que entienden que sería de aplicación lo dispuesto en el art. 385.3 de la LEC que preceptúa que las presunciones establecidas en la ley admitirán prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba. Por tanto, no existiendo en la LO 1/1982 ninguna disposición que prohíba la prueba en contrario, consideran estos autores que la presunción del daño moral dispuesta debería tener carácter *iuris tantum*¹⁹⁸.

No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no lo considera de esta forma, y parece inclinarse porque la presunción dispuesta en el precepto tiene el carácter *iuris et de iure*¹⁹⁹. Tal y como puede constatarse en su STS de 5 de junio de 2014 donde dice que "(...) Este precepto establece una presunción "iuris et de iure", esto es, no susceptible de prueba en contrario, de existencia de perjuicio indemnizable cuando se haya producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor, y fija los criterios para valorar el daño moral (...) "²⁰⁰.

Sin embargo, desde la doctrina se critica la posición del Alto Tribunal, puesto que además de lo mencionado respecto del art. 385.3 de la LEC, podemos añadir que pueden concurrir intromisiones en las que no exista daño susceptible de ser indemnizado, bien porque se repara de forma íntegra y específicamente, por ejemplo, mediante la publicación de la sentencia, bien porque el daño no llega a producirse²⁰¹.

¹⁹⁶Atienza Navarro, M.L.: "Indemnizaciones de daños y perjuicios e intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen", *Revista Boliv. de derecho*, núm. 15,2013, pp. 219-220.

¹⁹⁷STS de 25 de noviembre 2002 (RJ 2002/10274).

¹⁹⁸Rovira Sueiro, M.E., *op. cit.*, pp. 452-454.

¹⁹⁹De Verda y Beamonte, J.R., *op. cit.*, pp.79-81.

²⁰⁰STS de 5 de junio de 2014 (RJ 2014/3087).

²⁰¹Atienza Navarro, M.L.: "Algunas cuestiones acerca de la responsabilidad civil por los daños al honor, a la intimidad y a la propia imagen", *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Madrid, pp. 296-297.

Siguiendo con el daño moral, y en relación con su alcance, el art. 9 en su apartado tercero dispone criterios valorativos indeterminados que otorgan al juzgador la facultad de adaptar su decisión a las circunstancias particulares del caso. Siendo estos criterios valorativos las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión efectivamente producida. A su vez se dispone que para determinar la gravedad de la lesión, se tendrá en cuenta la difusión o audiencia del medio utilizado²⁰².

Así las cosas, por lo que se refiere al ámbito de *Youtube*, el parámetro de audiencia cobrará una especial relevancia. Y en función de la rapidez de la difusión del video, aumentará proporcionalmente la gravedad de la lesión, y en consecuencia el *quantum* indemnizatorio²⁰³.

Sin embargo, el propio Tribunal Supremo ha reconocido que la valoración del daño moral es de carácter etéreo y de imposible exactitud aritmética. De este modo podemos observar en la jurisprudencia que para la valoración del daño y la indemnización correspondiente se ha valido de lo dispuesto en el art. 9.3. Así ha considerado para efectuar la debida ponderación las circunstancias del caso, la gravedad de la lesión efectivamente producida, la difusión o audiencia del medio a través del que se hubiere producido la lesión.

En este sentido, la STS de 7 de junio de 2011, tras considerar acreditada la intromisión ilegítima contra el derecho al honor de un entrenador de futbol, realizada por un futbolista, consideró la indemnización de 60.000 euros, acorde a la gran difusión de las manifestaciones lesivas que tuvieron lugar en el libro publicado por el propio jugador, así como en Internet, y en diversos programas de radio y televisión de ámbito nacional²⁰⁴.

Por otro lado, en su reciente STS de 15 de diciembre de 2020, el Alto Tribunal consideró adecuada la indemnización de 5.000 euros fijada por el tribunal de Primera Instancia, donde aplicaba los criterios del art. 9.3 en atención a la gravedad de la lesión que afectó a un dato sensible de la intimidad del ofendido referente a su condición sexual, y la difusión de la noticia mediante prensa escrita y digital.

Asimismo, la STS de 1 de octubre de 2015, estimó como razonable la cantidad indemnizatoria fijada de 20.000 euros, por al que se condenó a la demandada, con ocasión de las manifestaciones difundidas en un programa de televisión donde se hacía ver que la ofendida se dedicaba al ejercicio de la

²⁰² La redacción anterior del precepto y que fue derogada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio disponía como segundo parámetro para determinar la gravedad de la lesión el beneficio económico obtenido por el causante del daño, lo que fue duramente criticado por la doctrina, por considerarse este parámetro ajeno al daño y en consecuencia ajeno a la institución de la responsabilidad civil.

²⁰³ Sanchis Crespo, C., *op. cit.*, pp. 11.

²⁰⁴ STS de 7 de junio de 2011 (RJ 2011\5714).

prostitución, careciendo, según el tribunal, éstas expresiones de interés público, siendo vejatorias y denigrantes²⁰⁵.

De los ejemplos analizados podemos concluir que la valoración del daño, y la estimación de la cantidad indemnizatoria tendrán un gran componente subjetivo del órgano juzgador, que deberá fundamentar su decisión prudencialmente en atención a los criterios brindados por el art.9.3 y las particularidades del caso concreto.

No obstante las anteriores consideraciones, debemos traer a colación la jurisprudencia asentada del Tribunal Supremo que sintetiza en su STS de 19 de diciembre de 2018, en la que afirma que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones de este tipo es competencia de los tribunales de instancia, cuya decisión ha de respetarse en casación, salvo que no se hubiese atendido a los criterios legales del art. 9.3 de la LO 1/1982, o en caso de error notorio, arbitrariedad o notoria desproporción²⁰⁶.

Respecto de la indemnización que en la sentencia sea declarada, cabe resaltar que siempre será a favor de los menores, dada su condición de perjudicados, por el daño sufrido con ocasión de la lesión. Y en el caso de que el ataque haya provenido de los padres que hubieran resultado condenados, el Ministerio Fiscal deberá interesar la adopción de medidas para garantizar la administración leal de la suma indemnizatoria²⁰⁷.

A modo de conclusión debemos indicar que la doctrina ha criticado la lo 1/1982 por diversos motivos. En un primer lugar por no disponer de una redacción detallada de cada uno de los derechos por separado de forma sistemática, ya que se trata de derechos diferenciados y autónomos. Por otro lado, se ha calificado como una ley de daños cuando debería aspirar a más, como ley fundamental dentro del derecho de la persona, debido al protagonismo del art. 9. De este precepto se reprocha su redacción, por favorecer que los tribunales conecten automáticamente el concepto de intromisión ilegítima con la indemnización por daños y perjuicios, y se confunda la protección del honor y la intimidad con la responsabilidad civil por daños²⁰⁸.

Todo ello, a pesar de que la reforma introducida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio eliminó el beneficio obtenido por el causante de la intromisión, como elemento para valorar la gravedad de la lesión. Esta referencia era duramente criticada, por realzar el protagonismo de lo económico, estando en un segundo plano

²⁰⁵STS de 1 de octubre de 2015 (RJ 2015/4219).

²⁰⁶STS de 19 de diciembre 2018 (RJ 2018/5334).

²⁰⁷Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la Protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores.

²⁰⁸Sánchez Gómez, A., *op. cit.*

la protección de los derechos subjetivos contenidos en la ley, siendo éste el objeto que motiva el nacimiento del cuerpo legislativo²⁰⁹.

Por otro lado, entendemos que las disposiciones normativas analizadas, otorgan una suficiente protección a los menores de edad por la lesión de los derechos de honor, intimidad y propia imagen, producida a través o con ocasión de su exposición en *Youtube*. Serán los jueces los que utilizarán los instrumentos de protección y tutela dispuestos en los textos legislativos, que a través de su función interpretativa adaptarán su aplicación a las circunstancias particulares del caso. De esta forma entendemos que se cumple uno de los objetos de la norma de adaptar estos derechos y su tutela a la realidad social del momento.

En este sentido, dado el gran alcance que tiene internet, su extraordinario potencial efecto sobre la difusión en aquellos videos en los que se constate que ha tenido lugar una lesión de los derechos analizados, determinarán que el juzgador a la hora de valorar el daño moral, deberá tener especialmente en cuenta el uso de internet y las redes sociales como medio en el que tiene lugar la lesión, de acuerdo con el art. 9.3 de la LO 1/1982²¹⁰.

De igual forma, cuando el medio empleado para la difusión de la lesión, tenga lugar en Internet través de las redes sociales, deberá ser tenido en especial consideración bajo la óptica de la particular protección ofrecida a los menores que *ex art. 4* de la LO 1/1996, en virtud de la cual se precipitará la intervención del Ministerio Fiscal en aquellos casos en que la difusión de imágenes, información o utilización del nombre de los menores pueda implicar una intromisión ilegítima de su honor, intimidad o fuese contraria a sus intereses.

²⁰⁹Rojo Ajuria, L.: “La tutela civil del Derecho a la intimidad”, *Anuario de derecho civil*, 1986, pp.147-149.

²¹⁰Miguel Asensio, P.A.: “Intromisión en el honor, la intimidad y la propia imagen”, *Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas), Derecho Privado de internet*, BIB 1961, 2011.

5. CONCLUSIONES

Primera.- El actual fenómeno social por el que los progenitores muestran asiduamente la vida íntima de sus hijos o aceptan que éstos la difundan al elaborar contenidos audiovisuales en el canal *Youtube*, resulta desde nuestra consideración un claro atentado contra la intimidad y privacidad de los menores.

Dichos derechos son titularidad en exclusiva de los éstos, de manera que los progenitores no sólo no están facultados para disponer libremente de ellos, sino que, en el ejercicio de la patria potestad, tienen encomendada la labor de protegerlos y velar por su integridad.

Segunda.- Habiendo comprobado, según la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, que un mismo hecho puede ocasionar simultáneamente la intromisión ilegítima de más de uno de los derechos analizados, consideramos que en la amplia mayoría de los casos en los que aparecen menores expuestos en la Red por sus progenitores, se está comprometiendo concurrentemente la integridad de al menos el derecho a la intimidad personal y familiar, y el derecho a la propia imagen.

Tercera.- La actividad educadora y de concienciación por parte de los poderes públicos, sobre el uso adecuado de los servicios de la sociedad de la información, entendemos que resultaría la herramienta preventiva más eficaz en defensa del interés superior del menor. En el ámbito de las redes sociales, la actuación del Ministerio Fiscal prevista en el art4 de la LO 1/1996, consistente en la intervención de oficio ante la constatación de intromisiones ilegítimas en *Youtube*, debería estar reservada para aquellos casos extraordinarios donde el menor se encuentra desamparado, de forma que la generalización de dicha actuación supondría la puesta de manifiesto de la carencia de suficiente educación social o su fracaso.

Cuarta.- Cierta doctrina ha criticado la LO 1/1982 por su parquedad en la delimitación de los derechos en ella dispuestos. Dada la trascendencia de estos derechos sobre el libre desarrollo de la personalidad del menor, compartimos la corriente doctrinal que aboga porque su ejercicio se ajuste a la capacidad natural de la persona, de manera que cada individuo los pueda delimitar por sí mismo con sus propios actos, acorde a su capacidad real de entendimiento, desarrollándose libre pero responsablemente.

Quinta.- La idea de que la delimitación concreta, así como la tutela efectiva de estos derechos solo se alcanzará mediante la función hermenéutica de los jueces en el caso concreto, pone de manifiesto que esta protección normalmente se recabará una vez producida la lesión. Tratándose de menores, y dada la importancia de estos derechos en el desarrollo de su personalidad, estimamos conveniente destacar la trascendencia de las funciones tuitivas de los padres respecto del uso que hagan sus hijos de las tecnologías como principal vía de protección *ex ante* al hecho dañoso.

Sexta.- Hemos constatado la persistente omisión por parte de los progenitores, en relación con la obligatoriedad de comunicación previa al Ministerio Fiscal del consentimiento que legitima la intromisión. Creemos que la principal causa se debe al desconocimiento absoluto de la ciudadanía respecto de dicha obligación. Por lo que nos reiteramos respecto de que los esfuerzos y recursos en medidas preventivas posiblemente deberían orientarse a la educación social en dicho sentido.

Séptima.- Consideramos que el marco de protección civil dispensado en el art. 2 de la LO 1/1982 ofrece una protección suficiente de estos derechos de los menores en el entorno virtual. De manera que mediante la sujeción de su contenido material a los usos sociales, junto con la interpretación extensiva que debe hacerse de las conductas del art. 7, y la labor interpretativa de los jueces, la Ley dispone de capacidad adaptativa a esta nueva realidad. Por el contrario, una redacción encorsetada de estos derechos podría limitar las facultades interpretativas del juez, *ergo* las posibilidades de adaptar la protección al caso concreto.

Octava.- Respecto del marco de especial protección de los menores de edad dispuesto por el art. 4 de la LO 1/1996, el cual concentra su amparo en aquellas intromisiones producidas a través de medios de comunicación. Entendemos que es de aplicabilidad plena a aquellas intromisiones ocurridas en el ámbito de las redes sociales o *Youtube*, pues no existen dudas de que estos entornos virtuales constituyen los nuevos medios de comunicación.

Novena.- Analizada la especial conceptualización del daño moral, y la dificultad de acreditación de su existencia, la presunción dispuesta en el art. 9.3 de la LO 1/1982 una vez acreditada una intromisión ilegítima, creemos que resulta adecuada en el ámbito del derecho al honor, intimidad y propia imagen. Dada la conexión de estos derechos con la dignidad de la persona, resulta difícil no imaginar que su vulneración no pueda ocasionar dicho daño. Respecto de su alcance, el juzgador podrá modularlo en cada caso, en atención a los criterios valorativos que han sido puestos a su disposición por la norma.

6. BIBLIOGRAFÍA

Asencio Mellado, J.M.: *Derecho procesal civil*, Valencia, 2015.

Argente, E./Vivancos, E./Alemany, J./García-Fornes, A.: “Educando en privacidad en el uso de las redes sociales”, *Education in the knowledge Society*, vol. 18, núm. 2.

Atienza Navarro, M.L.:

— “Indemnizaciones de daños y perjuicios e intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen”, *Revista Boliv. de derecho*, núm. 15, 2013.

— “Algunas cuestiones acerca de la responsabilidad civil por los daños al honor, a la intimidad y a la propia imagen”, *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Madrid.

Bartolomé Tutor, A.: *El reconocimiento de los menores de edad de capacidad de obrar progresiva en los actos relativos a los derechos de la personalidad. Con especial referencia al papel de los responsables parentales*, Madrid, 2014.

Berrocal Lanzarot, A.I.: “La protección jurídica de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de los menores de edad”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Madrid, 2016.

Bringué, X./Sádaba, C.: “La generación interactiva en Madrid, niños y adolescentes ante las pantallas”, *Foro Generaciones Interactivas*, Madrid, 2011, pp. 2-6, disponible en <https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/20593/1/GGII-Madrid-final.pdf>, consultado el 14.05.2021.

Bustos Gisbert, R.: “El concepto de libertad de información a partir de su distinción de la libertad de expresión”, *Revista de estudios políticos (Nueva Época)*, núm. 85, 1994.

Calaza López, S.: “Delimitación de la protección civil del derecho al honor, la intimidad y a la propia imagen”, *Revista de derecho UNED*, núm. 9, 2011.

Castillo Jiménez, C.: “Protección del derecho a la intimidad y uso de las nuevas tecnologías de la información”, *Derecho y conocimiento*, vol. 1, Huelva, 2002.

Chaparro Matamoros, P.: “El derecho a la propia imagen. Especial referencia a los menores de edad”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10, 2014.

Claveria Gosalbez, L.H.: “Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo”, *Anuario de Derecho Civil*, Jerez, 1983.

Dafonte Gómez, A.: “Claves de la publicidad viral: De la motivación a la emoción en los vídeos más compartidos”, *Comunicar, Revista Científica de Comunicación y Educación*, núm. 43, 2014.

De Lerma Galán, J. L.: “Libertad de expresión y derecho a la información como garantías constitucionales. La colisión de derechos”, *Anuario Parlamento y Constitución*, núm. 17, 2015.

De Verda y Beamonte, J.R.: “El resarcimiento del daño moral en España por las intromisiones ilegítimas en la intimidad del otro cónyuge”, *IUS, Revista del Instituto de ciencias jurídicas de Puebla de México*, núm. 46, 2020.

De Terwange, C.: “Privacidad en internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido”, *IDP. Revista de internet, Derecho y Política*, núm. 13, 2012, pp. 54-55, disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/788/78824460006.pdf>, consultado el 21.04.2021

Del Río, J./Sábada, C./Bringué, X.: Menores y redes ¿sociales?: de la amistad al ciberbullying, *Revista de estudios de juventud*, 2010.

Flores Anarte, L.: “Facebook y el derecho a la propia imagen: reflexiones en torno a la STC 27/2020, de 24 de febrero”, *Estudios de Deusto*, Vol. 68/1, 2020.

Gil Antón, A.M.:

— “El menor y la tutela de su entorno virtual a la luz de la reforma del código penal LO 1/2015”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 16, 2015.

— *El derecho a la propia imagen del menor en internet*, Madrid, 2013.

Guilabert Vidal, M.R.:

— *Acoso escolar y ciberbullying: tutela civil y penal*, Madrid, 2019.

— “Responsabilidad por los daños causados a los menores *youtubers*”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 55, 2021.

— Menores y videojuegos, protección jurídica actual y responsabilidad civil frente a las conductas adictivas, *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, 2021.

Hernández Fernández, A.: “El derecho a la propia imagen de los menores en los medios de comunicación y redes sociales”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas tecnologías*, núm. 20, 2009.

Iglesias Cubría, M.: *El derecho a la intimidad*, Oviedo, 1970.

Jurado, A.: “La pandemia caldo de cultivo para el aumento de los casos de acoso escolar”, disponible en <https://www.amnistia.org/ve/blog/2021/05/18620/la-pandemia-caldo-de-cultivo-para-el-aumento-de-los-casos-de-acoso-escolar>, consultado el 15.05.2021.

López Villafranca, P; Olmedo Salazar, S.: “Menores en Youtube, ¿ocio o negocio? Análisis de casos en España y EUA”, *El profesional de la información*, v.28, núm. 5, 2019.

Lorente López, M.C.: “La vulneración de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores a través de de las nuevas tecnologías”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2015.

Loriente, L.: “¿Pueden utilizarse por terceras personas tus fotos publicadas en redes sociales?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 945, 2018.

Macía Gómez, R.: “La dualidad del daño patrimonial y el daño moral”, *Revista Asociación Española de Abogados*, 2010.

Martínez Martínez, R.: “El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas”, *IDP, Revista de internet, Derecho y Política*, núm. 5, 2007.

Martínez Pastor, E./Vizcaino-Laorga, R./Nicolás Ojeda, M.A./Serrano Mañllo, M.I./García Maroto, S.: “Familias y niños: el negocio de los canales de de los niños *youtubers*”, 2018.

Megías Quirós, J.J.: “Privacidad e internet: intimidad, comunicaciones y datos personales”, *Anuario de derechos humanos*, Madrid, 2002.

Miguel Asensio, P.A.: “Intromisión en el honor, la intimidad y la propia imagen”, *Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas), Derecho Privado de internet*, BIB 1961, 2011.

Moreno Bobadilla, A.: *Estudio jurídico del derecho a la intimidad y su especial incidencia en el caso de los menores de edad*, Madrid, 2015.

Naveira Zarra, M.M.:

— “La valoración del daño resarcible”, *Anuario de la facultad de derecho*, 2003.

— *El resarcimiento del daño en la responsabilidad extracontractual*, A Coruña, 2004.

Paños Pérez, A.: “Conflicto entre las libertades de expresión e información y el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen del menor”, *Revista de derecho (Valdivia)*, vol. 25 núm.2, 2012.

Parra Membrilla, L.: “Responsabilidad civil derivada de la vulneración de los derechos de la personalidad en la red”, *Revista CESCO de derecho de Consumo*, núm. 21, 2017, disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/download/1409/1172>, consultado el 12.04.2021.

Peláez Fernández, P.: “Redes sociales y derecho fundamental a la intimidad en los menores”, disponible en http://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/portal_social/import/varis/varis0003.pdf, Consultado en 24.4.2021.

Pérez Escoda, A.: “Uso de Smartphones y redes sociales en alumnos/as de educación primaria”, *Prisma Social: Revista de investigación social*, núm. 20, 2018.

Pérez Díaz, R.: “La imagen del menor en las redes sociales”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, 2018.

Pérez Rufi, J.P.: “La actualidad en Youtube: claves de los vídeos más vistos durante un mes”, *Gloval Media Journal*, Vol. 9, núm. 17.

Polo Roca, A.: “El derecho a la protección de datos personales y su reflejo en el consentimiento del interesado”, *Revista de Derecho Político*, núm. 108, 2020.

Rodríguez García, L./Magdalena Benedito, J.R.: “Perspectiva de los jóvenes sobre seguridad y privacidad en las redes sociales”, *Revista Icono 14*, volumen (14), 2015.

Rojo Ajuria, L.: “La tutela civil del Derecho a la intimidad”, *Anuario de derecho civil*, 1986.

Rovira Sueiro, M.E.: *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal, y familiar y a la propia imagen*, A Coruña, 1997.

Sánchez Gómez, A.: “El marco normativo tradicional para la protección de los derechos de la personalidad del menor. ¿Alguna asignatura pendiente en el siglo XXI?”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, 2016.

Sánchez Lafuente, F.R.: “La protección de los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor con suficiente madurez: entre el respeto a sus decisiones y la intervención del Ministerio Fiscal”, *Foro nueva época*, vol. 18, núm. 2, Cádiz, 2015.

Sanchis Crespo, C.: “La tutela judicial del derecho al honor, internet y la blogoesfera”, *Diario la Ley*, núm. 8035, sección doctrina, 2013.

Santos Morón, M.J.:

— “Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, Madrid, 2011.

— Santos Morón, M. J.: *Incapacitados y derechos de la personalidad*, Madrid, 2000.

Torres Keenlyside, A./ Ortiz Hernández, S./Garrós Font, I.: “El delito de sexting o difusión de imágenes obtenidas con anuencia y sin consentimiento”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2021.

Yebera, J.A.: “El régimen de prestación del consentimiento para la intromisión en los derechos de la personalidad de los menores. Especial referencia al fenómeno del *sharenting*”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8 bis, 2009.

Gutiérrez Mayo, E.: “Instamamis: la exposición de menores en redes sociales por sus progenitores. Análisis civil”, disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/instamamis/>, consultado el 27.05.2021.

7. JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional

Auto del TC de 23 de julio 1986 (RTC 1986/642 AUTO)

STC de 12 diciembre de 1986 (RTC 1986/159)

STC de 6 de junio 1990 (RTC 1990/105)

STC de 3 diciembre 1992 (RTC 1992/219)

STC de 18 de enero de 1993 (RTC 1993/15)

STC de 20 de julio de 1993 (RTC 1993/254)

STC de 1 diciembre de 1998 (RTC 1998/231)

STC de 26 septiembre de 1995 (RTC 1995/139)

STC de 22 julio 1999 (RTC 1999/144)

STC de 5 mayo del 2000 (RTC 2000/110)

STC de 26 de marzo de 2001 (RTC 2001/81)

STC de 2 julio de 2001 (RTC 2001/156)

STC de 22 de abril 2002 (RTC 2002/83)

STC de 28 de enero 2003 (RTC 2003/14)

STC de 30 de junio 2003 (RTC 2003/127)

STC de 15 de enero de 2007 (RTC 2007/9)

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

STC de 26 de enero de 2009 (RTC 2009/29)

STC de 29 junio de 2009 (RTC 2009/158)

STC de 27 abril de 2010 (RTC 2010/23)

STC de 19 de julio 2010 (RTC 2010/34)

STC de 4 de octubre de 2010 (RTC 2010/50)

STC de 30 enero de 2012 (RTC 2012/12)

STC de 21 de octubre 2013 (RTC 2013/176)

STC de 19 diciembre de 2013 (RTC 2013/2016)

STC de 24 febrero 2020 (RTC 2020/27)

Tribunal Supremo

STS de 8 de noviembre de 1999 (RTC 1999/202)

STS de 3 octubre 1996 (RJ 1996/7012)

STS de 7 de octubre de 1996 (RJ 1996/7058)

STS de 31 de mayo 2000 (RJ 2000/5089)

STS de 19 de julio 2000 (RJ 778/2000)

STS de 10 octubre 2001 (RJ 2001/7416)

STS de 25 de noviembre 2002 (RJ 2002/10274)

STS de 6 noviembre de 2003 (RJ 2003/8268)

STS de 12 de julio 2004 (RJ 2004/4374)

STS de 25 de septiembre 2008 (RJ 2008/5572)

STS de 14 marzo 2009 (RJ 2009/1639)

STS de 7 de junio de 2011 (RJ 2011\5714)

STS de 5 de junio de 2014 (RJ 2014/3087)

STS de 1 de octubre de 2015 (RJ 2015/4219)

STS de 15 de febrero 2017 (RJ 2017/91)

STS de 19 de diciembre 2018 (RJ 2018/5334)

Audiencias Provinciales

SAP Madrid de 10 de noviembre 1998 (AC 1998/22254)

AP Madrid, Auto de 31 de diciembre de 2002 (JUR 2003/49548)

SAP Sevilla de 23 de febrero 2004 (JUR 2004/105596)

AP Barcelona, Auto de 8 de septiembre 2006 (AC 2007/678)

AP Madrid, Auto de 31 de enero 2008 (AC 2008/716)

SAP Sevilla de 6 de febrero 2013 (JUR 2013/206673)

SAP Pontevedra de 4 junio de 2015 (JUR 2015/163149)