

EL RÉGIMEN DE PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO PARA LA
INTROMISIÓN EN LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD DE LOS
MENORES. ESPECIAL REFERENCIA AL FENÓMENO DEL
SHARENTING

*THE CONSENT REGIME FOR INTRUSIONS IN MINORS PERSONALITY RIGHTS.
PARTICULAR REFERENCE TO THE SHARENTING PHENOMENON*

JULIA AMMERMAN YEBRA
Investigadora predoctoral de Derecho civil
julia.ammerman@usc.es

RESUMEN: Este trabajo analiza las consecuencias que, en el ámbito de la responsabilidad civil, puede acarrear la publicación en las redes sociales de imágenes de menores por parte de sus progenitores, práctica bautizada recientemente como *sharenting*. Prestamos especial atención al significado de “intromisión ilegítima” y al régimen de prestación del consentimiento para dicha intromisión cuando se trata de derechos de la personalidad de los menores. Concluimos que más pronto que tarde los Tribunales tendrán que lidiar con demandas contra aquellos progenitores que, con tal práctica, vulneren los derechos de la personalidad de los menores.

PALABRAS CLAVE: derechos de la personalidad, consentimiento, menor, *sharenting*.

ABSTRACT: This paper analyses the ensuing consequences, in terms of liability, which parents might incur in when sharing their children’s images in social media, the recently so-called *sharenting*. We specifically address the meaning of “illegitimate intrusion” and the consent regime for this intrusion when minors’ personality rights are affected. We conclude that sooner rather than later, Courts will have to deal with claims due to infringement of minors’ personality rights as a result of this growing phenomenon.

KEY WORDS: personality rights, consent, minor, *sharenting*.

FECHA DE ENTREGA: 12/06/2018 *FECHA DE ACEPTACIÓN:* 30/06/2018

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. DELIMITACIÓN DEL TÉRMINO “INTROMISIÓN ILEGÍTIMA” EN LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN CASOS DE SHARENTING.- III. EL RÉGIMEN DE PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO DE LOS MENORES PARA INTROMISIONES EN SUS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.- IV. LEGITIMACIÓN PARA RECLAMAR Y ACCIONES POSIBLES.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno del *sharenting*¹ alude a la cada vez más frecuente práctica por la cual los progenitores comparten en las redes sociales todo tipo de información personal, especialmente fotografías, de sus retoños. Con ello comienzan a crear una identidad digital de los menores a veces incluso antes de su nacimiento, mostrando a todo aquel que acceda a su cuenta los logros y desencuentros de sus hijas e hijos. Lo harán normalmente sin el consentimiento de los menores, acusadamente cuando son de corta edad, y en su doble posición tanto de representantes legales y por tanto garantes de los derechos de la personalidad de los menores, como de narradores de las historias personales de estos.

No obstante, que en el sistema español no sean los menores los que prestan el consentimiento podría ser discutible. Como es sabido, en virtud del art. 154 CC los progenitores ostentan la patria potestad y por tanto la representación legal de sus hijos, pero ello no implica que el menor quede excluido de toda decisión. De hecho, en materia de derechos de la personalidad la regla es en principio la contraria. Así, el art. 162.2. 1º CC establece que se exceptúan de la representación legal “los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo.” Como comentaremos más adelante, este precepto ha sido objeto de reforma por la ley 26/2015², añadiéndose un inciso que posibilitaría la intervención de los responsables parentales “en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia” también en estos casos en los que el menor tenga madurez suficiente, inciso con el que ya adelantamos no estar de acuerdo por su posible incompatibilidad con lo dicho en el art. 3 LO 1/1982³. Precisamente este último artículo dispone que “el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil”, sin establecer por tanto más requisitos que haber alcanzado una capacidad natural tal que le permita comprender el acto para el que consiente.

Por otra parte, conviene dejar claro que no dudamos de las buenas intenciones con

¹ La palabra anglosajona *sharenting* proviene de la fusión del término *share* (compartir) y *parenting* (crianza o, como se denomina recientemente por influencia del término anglosajón, parentalidad).

² Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE 29/07/2015).

³ LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (BOE 14/05/1982).

las que la mayoría de los progenitores compartirán digitalmente los datos y fotografías de los menores. Pero en algunos casos podremos encontrarnos con conductas que constituyan intromisiones ilegítimas en los derechos de la personalidad de los menores y que no pueden quedar amparadas por el mero hecho de ser sus representantes legales quienes las lleven a cabo. Así, veremos que el ordenamiento jurídico español prevé determinadas garantías, cristalizadas tanto en la posibilidad de intervención del Ministerio Fiscal, al que se le encomendará la tarea de defender los derechos de los menores cuando haya conflictos entre los intereses de estos y los de sus representantes legales, como en la posibilidad de interposición de las acciones de cesación, indemnización de daños e incluso de enriquecimiento sin causa, previstas en el art. 9 LO 1/1982.

II. DELIMITACIÓN DEL TÉRMINO “INTROMISIÓN ILEGÍTIMA” EN LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN CASOS DE *SHARENTING*

El art. 2 LO 1/1982 establece que la protección de los derechos de la personalidad “quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia”. Por tanto, este artículo contiene los parámetros generales para medir si una intromisión se considera o no ilegítima: las leyes, los usos sociales y los propios actos que realice la persona delimitarán la protección que se dé a estos derechos. Ello quiere decir que no toda práctica de *sharenting* la entenderemos como intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad del menor, pues en especial los usos sociales han modelado el concepto de privacidad que tenemos tanto de nuestra imagen como de determinados aspectos de nuestra intimidad personal y familiar.

Desde el punto de vista jurisprudencial, la SAP de Lugo, 57/2017⁴, aunque se refiere a la reclamación que plantea la madre de unos menores contra su abuela (a su vez madre de la primera), nos sirve de ejemplo de cómo los usos sociales pueden determinar que una cierta conducta sea o no constitutiva de intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad de los menores. En este caso la madre y demandante entendía que se estaban vulnerando los derechos a la intimidad y propia imagen de sus hijos al publicar la abuela fotos y comentarios de ellos en la red social *Facebook*. Aunque la sentencia termina estableciendo que no se ha producido una vulneración de dichos derechos, reconoce que la cuestión litigiosa puede llevar a duda no solo por su novedad, sino también por la falta de regulación de las redes sociales en este tema y la concurrencia del interés superior de los menores en preservar sus derechos fundamentales. Basa su razonamiento para negar tal vulneración en que hubo una falta de prueba de que el acceso a la cuenta de *Facebook* de la abuela fuese público, por lo que solo accedían a las fotografías y comentarios un círculo íntimo de familiares y amigos. Esta actuación de la abuela entiende el tribunal que se adecúa “a los usos sociales cada vez más extendidos de la publicación de noticias y fotografías del ámbito familiar entre los más allegados”. Así y todo, la sentencia aclara que la

⁴ FJ 4º SAP Lugo, secc.1ª, 15 febrero (JUR 2017, 82242).

conclusión a la que habrían llegado los magistrados habría sido diferente “si se tuviera constancia de que tales datos estuvieran al alcance de cualquier usuario”.

Por ello, la referencia a los “usos sociales” no deja de ser relevante⁵. Que haya intromisión o no podrá depender no solo del tipo de información subida a las redes sociales, sino también de las configuraciones de privacidad sobre el público que accede a dicha información, de la permanencia temporal o no de las fotografías, e incluso del uso que posteriormente haga el propio menor de su identidad, ya sea a la edad de 14 años o una vez alcanzada la mayoría de edad.

Decimos 14 años por la manera en que podrá influir la regulación sobre protección de datos en el tema aquí tratado. Visto que en el *sharenting* la práctica más usual será compartir imágenes de menores, y teniendo en cuenta que la imagen es un dato de carácter personal según el art. 5.1 f) del actual Reglamento de desarrollo de la LOPD⁶, nos encontramos con que, según su art. 13, los mayores de 14 años podrán consentir sobre el tratamiento de sus datos personales “*salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela*”. Esta regulación previsiblemente se modificará a la luz del ya aplicable (desde el 25 de mayo de 2018) Reglamento (UE) 2016/679⁷, cuyo art. 8 considera lícito el consentimiento prestado por menores cuando tengan la edad mínima de 16 años, pero permitiendo a los Estados miembro reducir a 13 años dicha edad. Así, el legislador español parece haber optado por esta reducción, como se deriva de la lectura del art. 7 del Proyecto de LOPD⁸. La doctrina había señalado, todavía vigente la anterior redacción de la ley, que la norma reglamentaria sobre consentimiento de los mayores de 14 años debería dejarse sin efecto, pues se excedía de lo que decía la ley que desarrollaba, y además no estaba en consonancia con lo dicho por el art. 162.2.1º CC⁹. No obstante, si finalmente se aprueba el proyecto de LOPD, la situación cambiará, pues ya no nos encontraremos ante una mera norma

⁵ DE LAMA AYMÁ, A.: *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 122-124 defiende la utilidad de este criterio para adecuarse a lo que en cada momento la sociedad considerase una intromisión ilegítima. Los define como “aquellos comportamientos relativos al contenido del derecho y sus límites que la sociedad siente como legítimos en cada momento y lugar”.

⁶ Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

⁷ 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 (DOUE 04/05/2016).

⁸ Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (BO Congreso de los Diputados, 18/04/2018). Su artículo 7 dice: “1. *El tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de trece años. Se exceptúan los supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento.* 2. *El tratamiento de los datos de los menores de trece años sólo será lícito si consta el consentimiento del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela*”.

⁹ 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, p. 22.

de desarrollo, sino ante la propia Ley de Protección de Datos, además amparada por un Reglamento de la Unión Europea. Pero como veremos a continuación, la LO 1/1982 no hace depender de ninguna edad en concreto, sino de la madurez del menor, la prestación del consentimiento en actos que tengan que ver con sus derechos de la personalidad. Es por ello que algún autor, con el que concordamos, entiende que esta previsión del actual Reglamento de desarrollo de la LOPD pierda eficacia respecto de datos íntimos e imágenes que podrían resultarle comprometidas, si se entendiese que aun teniendo 14 años no reunía las condiciones de madurez suficiente (exigidas por el art. 3 LO 1/1982 y por el art. 162.2.1º CC)¹⁰.

III. EL RÉGIMEN DE PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO DE LOS MENORES PARA INTROMISIONES EN SUS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Siendo el objetivo de los derechos de la personalidad hacer efectivos los valores dignidad y personalidad, resulta indiscutible que todo menor de edad es titular de los mismos, pues toda persona, por el mero hecho de serlo, los ostenta (entre otros, art. 18 de la Constitución Española, art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 7 Convención de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y art. 4.1 LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor)¹¹. Estos derechos, además, son inherentes a la persona, por lo que en principio solo son ejercitables por su titular, sin que quepa la representación. Cuestión diferente será que los representantes legales del menor deban completar su capacidad en determinadas situaciones en donde lo que esté en juego sea el ejercicio, que no la titularidad, de estos derechos. La patria potestad derivada del art. 154 CC permite a sus titulares la representación legal de los hijos, esto es la sustitución en su toma de decisiones y en sus actuaciones jurídicas. No obstante, ello no implica que el menor quede excluido de toda decisión, de hecho en materia de derechos de la personalidad, como ya dijimos, la regla es precisamente la contraria: según el art. 162 CC quedan excluidos de la representación legal “los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo”. Como hemos expuesto, la redacción del este párrafo 1º del art. 162.2 ha sido la dada por la Ley 26/2015¹², añadiéndose un inciso que posibilitaría la intervención de los responsables parentales “en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia” también en estos casos en donde el menor tenga madurez suficiente. Con anterioridad a la reforma, el artículo estaba formulado de forma más extensa, quedando excluidos de la representación de los padres “los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”. Por tanto, se puede decir que la excepción estaba prevista con mayor amplitud, permitiéndose también “otros actos”, no solo los de los

¹⁰ GRIMALT SERVERA, P.: *La responsabilidad civil por los daños causados a la dignidad humana por los menores en el uso de las redes sociales*, Comares, Granada, 2017, p. 43.

¹¹ ROCA TRÍAS, E.: *Familia y cambio social (De la “casa” a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999, p. 216, citando a Campbell, dice que “una cuestión elemental, a menudo olvidada, es que los niños son personas”.

¹² Concretamente, es el art. 2, apartado 12 de la ley 26/2015 el que modifica el art. 162 CC.

derechos de la personalidad¹³.

Sobre el nuevo inciso que prevé la intervención de los representantes legales incluso en los supuestos en donde el menor actúa de forma madura, entendemos, al igual que lo hace parte de la doctrina, que esta restricción a la capacidad de obrar –que en todo caso debe verse como mera asistencia pero no como una verdadera representación– podría entrar en colisión con lo dicho en el art. 3 LO 1/1982¹⁴. Según este artículo, “el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil”, sin establecer por tanto más requisitos que haber alcanzado una capacidad natural tal que le permita comprender el acto para el que consiente¹⁵. Esta norma prevalecería sobre la de Código civil por aplicación del principio de competencia.

Por otra parte, la literatura jurídica se ha preguntado si el consentimiento previsto en el art. 3 LO 1/1982 se refiere solo a actos de mera autorización o permiso para la intromisión, o también englobaría actos en donde haya un verdadero consentimiento contractual¹⁶. Desde nuestro punto de vista –siguiendo a la mejor

¹³ SEISDEDOS MUÑO, A.: *Código civil comentado* (art. 162), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2016, p. 822 trata de encontrar una explicación en una enmienda que el Grupo Parlamentario Popular del Senado hizo al art. 162.1, y que se trataría de dejar claro que solo en los actos relativos a los derechos de la personalidad, y no en otros, puede quedar excluida la representación de los progenitores. Pero como acertadamente señala la autora, son muchos los actos en donde los menores no emancipados gozan de suficiente capacidad. También VARELA CASTRO, I.: “El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2188, mayo 2016, p.54, se muestra muy crítico con la reforma, entendiéndolo que la anterior redacción resultaba más aperturista que la que mantiene el nuevo tenor del precepto. Defiende que se debería modificar nuevamente este artículo, a los efectos de que recogiese la regla de capacidad de obrar del menor, para que pudiese realizar, siempre en satisfacción de su beneficio, no solo los derechos de la personalidad, sino también los actos que la ley expresamente le permita celebrar y aquellos otros actos que conforme a sus condiciones de madurez y usos sociales, pudiese realizar por sí mismo.

¹⁴ SEISDEDOS MUÑO, A.: *Código*, cit., p. 826. VARELA CASTRO, I.: “El interés”, cit., p. 50, argumenta que dicha previsión no debería permitir en todo caso una fiscalización de los asuntos del menor en ejercicio de sus derechos de la personalidad cuando actúa de forma madura y en aras de su interés. Por su parte, SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: “El marco”, cit., p. 4 entiende que el propósito del legislador no ha sido restringir la capacidad de obrar de los menores de edad sino aclarar cuál debe ser la actuación de los progenitores (tuitiva y no limitadora).

¹⁵ La explicación la encontramos, según PARRA LUCÁN, M.A. Y ARENAS GARCÍA, R.: “Minoría de edad”, en *Tratado de Derecho de la Persona Física*, (dirigido por GETE ALONSO Y CALERA, M.C.), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 604, en que el Derecho no solo reconoce capacidades especiales a partir de ciertas edades (por ejemplo, otorgar testamento a los 14 años), sino que en ciertos casos en vez de fijar determinadas edades se remite a “la capacidad natural, al juicio, a la madurez del menor”.

¹⁶ Por todos, *vid.* VENDRELL CERVANTES, C.: *El Mercado de los Derechos de Imagen*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 318-325, quien resume las tres posturas existentes en la doctrina, a saber: aquellos que entienden que, independientemente de que la intromisión se articule o no por medio de un contrato, serán de aplicación las reglas del art. 3 LO 1/1982; unos segundos que entenderían que el art. 3 LO 1/1982 solo se aplicaría a supuestos extracontractuales; y una tercera postura en la que se incluye el autor, y que solo utilizaría el art. 3 LO 1/1982 para supuestos

doctrina, que parte de que el concepto de persona que asumieron los Códigos civiles decimonónicos como el español (noción que se caracterizaba por sus notas de funcionalidad, abstracción y patrimonialidad), ya ha sido superada, gracias tanto a las Declaraciones de Derechos Humanos como a constituciones como la española que, consagrando el valor supremo de la persona y la dignidad humana, obligan a reinterpretar las normas civiles de acuerdo con esos parámetros¹⁷— entendemos que el art. 3 LO 1/1982 se refiere tanto al consentimiento prestado en sede contractual, como al de mera autorización para la intromisión en los derechos de la personalidad. Y ello porque toda disposición de estos derechos, aunque tenga un fuerte componente comercial, no deja de repercutir en la personalidad del individuo, y por tanto en su dignidad, motivo por el que no nos parecen dissociables el ámbito patrimonial y el personal. Así, en caso de que el menor consienta por medio de un contrato¹⁸—y siendo aplicable el art. 1263 CC, que permite que los menores no emancipados puedan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes los contratos que les permitan las leyes¹⁹, lo que entendemos que es remisión a lo previsto en los arts. 3 LO 1/1982 y 162.2.1º CC—, resultará aplicable, como ya dijimos, el criterio de la madurez, por lo que si un menor reúne los requisitos de capacidad natural para realizar tal contrato, este será válido sin necesidad de ningún tipo de asistencia complementaria.

En caso de que no concurra el grado de madurez necesario, el art. 3.2 LO 1/1982 dispone que “el consentimiento (del menor) habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez”. No obstante, según reconoce la propia Fiscalía en su Instrucción 2/2006²⁰, esta previsión se cumple rara vez, y de

en donde esté en juego el derecho fundamental de imagen, dejando para la regulación del CC los supuestos que cayesen dentro del llamado “derecho patrimonial de imagen”.

¹⁷ GARCÍA RUBIO, M.P.: “La persona en el Derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas”, *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 13, 2013, p. 88.

¹⁸ Cuando se abre una cuenta en una red social se aceptan determinadas condiciones del servicio, lo que permite que podamos calificar la relación como contractual. La red social *Facebook*, por ejemplo, tiene como una de sus condiciones que el usuario conceda una licencia de uso sobre el contenido compartido: “En concreto, cuando compartes, publicas o subes contenido que se encuentra protegido por derechos de propiedad intelectual (como fotos o vídeos) en nuestros Productos, o en relación con ellos, nos concedes una licencia mundial, no exclusiva, transferible, sublicenciable y exenta de pagos por derechos de autor para alojar, usar, distribuir, modificar, mantener, reproducir, mostrar o comunicar públicamente y traducir tu contenido, así como para crear contenido derivado (de conformidad con tu configuración de privacidad y de la aplicación). [Consultado en <https://es-es.facebook.com/legal/terms> el 30/05/2018].

¹⁹ Cabría preguntarse qué eficacia tendría aquel consentimiento prestado tanto por el menor como por sus representantes legales (habría, por tanto, un doble consentimiento), cuando el contrato se proyecta sobre una época en la que el menor traspasa la barrera de la mayoría de edad. Sobre esta cuestión, OTERO CRESPO, M.: “Imprudencia de la nulidad contractual por infracción de normas ¿administrativas?”, *Revista Xurídica Galega*, 2º trimestre, 2009, núm. 63, pp. 145-146, quien se plantea si resultaría necesaria o adecuada una renovación del consentimiento contractual ya como mayor de edad. Concluye que nada impediría una prórroga tácita del contrato que, de no considerarse inválida, vincularía al menor para cuando sea mayor, proyectándose ambos consentimientos, lo que no dejaría de ser anómalo.

²⁰ Instrucción 2/2006 de la Fiscalía General del Estado.

hecho se exhorta a los fiscales a abstenerse de utilizar este incumplimiento para impugnar negocios o actos respetuosos con los intereses del menor²¹.

Pero ante situaciones de desprotección de los menores, como podría ser el caso del *sharenting*, sí que se indica en la Instrucción la necesidad de actuación de la fiscalía, cuestión que analizaremos a continuación.

IV. LEGITIMACIÓN PARA RECLAMAR Y ACCIONES POSIBLES

Ante la pregunta de si los progenitores serán responsables civilmente del daño ocasionado negligentemente a sus hijos menores, hoy buena parte de la doctrina responde afirmativamente²². Concretamente, en el Derecho comparado ya vemos voces que advierten de los peligros del *sharenting* y de la responsabilidad de los padres cuando, aunque sea inintencionadamente, compartan contenidos online que puedan causar daños a sus hijos²³. En especial, es la doctrina anglosajona la que está señalando los riesgos que puede suponer para los menores que se antepongan los intereses de los padres a los suyos, proponiendo que se limiten ciertas prerrogativas parentales a favor de una mayor capacidad decisoria de los menores²⁴.

A su vez, la jurisprudencia española está dando pasos –aunque por ahora pequeños, al igual que en otros países²⁵– en la dirección de reconocer esta responsabilidad por

²¹ Para un análisis sobre el contenido de la Instrucción 2/2006, *vid.* MACÍAS CASTILLO, A.: “El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen”, *Diario La Ley*, núm. 6913, Sección Doctrina, 2008, pp. 1-17, quien ve como muy positivas ciertas aportaciones de la instrucción, como que de una parte se acentúe la necesidad de que los fiscales actúen ante situaciones de desprotección de los menores y, de otra, se pida la máxima prudencia cuando no exista desamparo aparente por estar los representantes legales desempeñando con normalidad sus facultades como tales.

²² Así, ROCA TRÍAS, E.: “Familia”, *cit.*, p. 539-540, “el principio general de responsabilidad civil contenido en el art. 1902 CC, según el cual quien causa daño a otro debe repararlo, se aplica en el ámbito de las relaciones familiares, por lo que no existe inmunidad”. El fundamento lo encuentra la autora, opinión que compartimos, en que para ella la familia no puede considerarse como una realidad en sí misma, sino como un instrumento al servicio del individuo. Ello explica el porqué de que existan zonas de responsabilidad entre familiares, pues el Estado protege los derechos de los individuos frente a todos, incluidos familiares. También VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 345, quien entiende superados los perjuicios que excluían del ámbito familiar la responsabilidad civil.

²³ STEINBERG, S.B.: “Sharenting: Children's Privacy in the Age of Social Media”, *Emory Law Journal* n.66, 2017, p. 843.

²⁴ Así lo ven DAILEY, A. Y ROSENBURY, L.: “The New Law of the Child”, *The Yale Law Journal*, 127, 2018, p. 1502, quienes proponen un cambio a nivel constitucional que garantice una mejor protección del interés del menor. Más moderada se muestra BRAT, C.: “Top-Down or from the Ground?: A Practical Perspective on Reforming the Field of Children and the Law”, *The Yale Law Journal Forum*, 127, 2018, pp. 917-841.

²⁵ STEINBERG, S.B.: “Sharenting”, *cit.*, p. 856, señala que los tribunales norteamericanos siguen siendo reticentes a declarar responsables a los padres por estas causas: “*Courts have shown reluctance to grant children privacy rights in the context of family life. Even when a court recognizes a child's reasonable expectation of privacy, the court often places higher value on the interests of the parent, family, and the state in exercising control over the minor child*”.

vulneración de derechos de la personalidad. Así lo señala la ya citada SAP Lugo, 57/2017 al establecer que “incluso se ha abierto un debate en países de nuestro entorno, como Francia, en el que se habla de conceder legitimación a los menores para que, una vez alcanzada tal edad, puedan ejercitar las acciones por vulneración de sus derechos a la intimidad y a la propia imagen contra sus progenitores o familiares que hayan publicado fotografías o comentarios en las redes sociales durante su minoría de edad” (vid F.J. 4º).

La legitimación para reclamar corresponderá al hijo cuando alcance la mayoría de edad, o al Ministerio fiscal cuando el hijo aún sea menor y no reúna los requisitos exigidos por el art. 7 LEC para comparecer válidamente en juicio, motivo por el que el ministerio público podrá actuar en su nombre²⁶. De hecho, esta previsión de actuación por parte del Ministerio fiscal se hace explícita en el art. 4.4 LOPJM, pudiendo actuar tanto “de oficio como a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública”²⁷. Por tanto, cabría la posibilidad de que, ante la vulneración de los derechos de la personalidad del menor por parte de sus padres, cualquier usuario que viese tales contenidos en la red social pudiese denunciar la actuación a los efectos de que actuase el Ministerio público.

También procede la legitimación a uno de los progenitores en representación del menor cuando sea el otro progenitor quien practique el *sharenting* sin consentimiento ni del primero ni del hijo. De hecho, esta es una situación más típica que la anterior y que ya ha sido resuelta por nuestros tribunales, en el sentido de que se deberá recabar consentimiento de ambos progenitores²⁸.

Respecto a las acciones, entendemos que cabrá interponer, en primer lugar, la acción de cesación, prevista en el art. 9.2 a) LO 1/1982, solicitando el cese inmediato de la intromisión, que en casos de *sharenting* consistirá en la retirada de las fotografías de los menores o comentarios en cuestión. Mientras que si lo que se quiere es evitar intromisiones futuras, será aplicable el art. 9.2 b) LO 1/1982.

También procederá, desde luego, la acción de indemnización de daños –prevista en el art. 9.2 c) LO 1/1982, norma que en opinión de destacada doctrina debe interpretarse a la luz de la propia LO 1/1982, y solo supletoriamente según las

²⁶ De conformidad con lo dispuesto en el art. 7 LEC, “1. Sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. 2. Las personas físicas que no se hallen en el caso del apartado anterior habrán de comparecer mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la ley (...)”.

²⁷ La propia exposición de motivos de la LO 1/1996 explica que con la referencia a los derechos al honor, intimidad e imagen del menor en el art. 4 de la ley, lo que se pretende es “proteger al menor, que puede ser objeto de manipulación *incluso por sus propios representantes legales* o grupos en que se mueve” (la cursiva es nuestra).

²⁸ SAP Alicante, secc. 6ª, 13 diciembre (JUR 2017, 42095), dispone que “ambos progenitores deberán intervenir necesariamente en la publicación de la imagen del menor en redes sociales del tipo Facebook, Twitter o Instagram (no pudiendo tampoco ser publicadas por un tercero con el consentimiento de uno solo de los progenitores) incluso aunque dicha fotografía corresponda a una actividad realizada durante el tiempo en que el progenitor no custodio disfruta del régimen de visitas establecido con el menor y es publicada en su perfil social”.

normas de los arts. 1902 y ss. CC²⁹ – y cuyo perjuicio resarcible será, en la mayoría de los casos de *sharenting*, de índole moral, por publicación de fotografías de las que quepa derivar algún tipo de perjuicio. No obstante, en casos como el llamado “DaddyOFive”, en el que unos progenitores estadounidenses disponían de un canal de YouTube con el que mostraban las bromas de mal gusto que les hacían a sus cinco hijos, y que normalmente acababan en lloros y autolesiones, entendemos que se podrán recuperar además los lucros obtenidos con ese canal. De darse este caso, nos encontraríamos con el problema de cuál sería el valor recuperable³⁰, pero que en todo caso entendemos que correspondería a los hijos.

Por último, en los casos más graves, se podría llegar a suspender o privar de la patria potestad, cosa que sucedió respecto de dos de los hijos del citado caso “DaddyOFive”. En nuestro ordenamiento estatal la acción estaría fundada en el art. 170 CC, por incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad³¹.

V. CONCLUSIONES

Actualmente los menores se ven sometidos a una sobreexposición en las redes sociales que muchas veces no deriva de su propia conducta, sino de la de sus progenitores. Normalmente estos compartirán la información de sus hijos e hijas de manera sensata y de acuerdo con los usos sociales de nuestro tiempo, amparados por su papel de representantes legales de los menores.

Pero frente a estos comportamientos “usuales” no debemos olvidar que son los menores los propios titulares de sus derechos de la personalidad, y que de acuerdo con los arts. 3 LO 1/1982 y 162.2. 1º CC son ellos quienes, cuando tienen la madurez suficiente, pueden ejercitar estos derechos. Es decir, que serán ellos quienes deban consentir sobre los datos proporcionados en las redes sociales cuando alcancen dicha madurez.

La Ley 26/2015 ha modificado el art. 162.2 1ºCC, añadiendo un inciso que posibilitaría la intervención de los responsables parentales “en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia” también en los casos en donde el menor tenga madurez suficiente. Ello nos parece una limitación innecesaria que no solo contraviene el

²⁹ GARCÍA RUBIO, M.P.: “Los derechos de la Personalidad”, en *Tratado de derecho de la persona física*, (dirigido por GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.), Tomo II, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2013, p. 626.

³⁰ GARCÍA RUBIO, M.P.: “Los derechos”, cit., pp. 628-630, señala que el dilema estaría en determinar si el valor recuperable sería la licencia que hubiera sido exigible, o bien las ganancias obtenidas por el intromisor, complicándose todavía más la cuestión cuando este derecho de la personalidad no pudiese ser comercializado. Los casos de *sharenting* con consecuencias en el ámbito de la responsabilidad civil entendemos que se encuadrarían en este último supuesto, dado que entrarían en juego los derechos a la intimidad e imagen de menores que no han consentido que se comercie con ellos.

³¹ En los Derechos catalán y aragonés también encontramos normas que expresamente privan a los progenitores de la patria potestad (“autoridad familiar” según el derecho aragonés) en caso de incumplimiento grave o reiterado de sus deberes. Se trata de los arts. 236-6 del Código Civil Catalán, y 90 del Código de Derecho Foral de Aragón.

espíritu de la propia LO 1/1996, que pretende dotar de mayor autonomía al menor, sino también del propio art. 3 LO 1/1982, que nada dice sobre una posible intervención de los responsables parentales, limitándola a los casos en que el menor carezca de capacidad natural. Por ello, entendemos que será el menor el que, alcanzada una madurez suficiente, deba expresar su consentimiento para compartir en las redes sociales aquella información que afecte a sus derechos de la personalidad. Y en el caso de que sus progenitores no actúen de acuerdo con estas premisas, podrán ser responsables civiles del daño ocasionado negligentemente a sus hijos por la práctica del *sharenting*, quedando estos legitimados para interponer las acciones previstas en el art. 9 LO 1/1982 una vez alcancen la mayoría de edad, o bien mediante representación del Ministerio fiscal cuando todavía sean menores.

Por su relativa novedad quizá aún no percibamos la utilización de plataformas digitales como *Facebook*, *Instagram*, etc., que aún no han cumplido la década, como una vía expedita a la vulneración de los derechos de la personalidad de los menores por parte de sus progenitores, vulneraciones que podrían llevar a situaciones de *bullying* o usurpación de su identidad. Pero ello puede deberse a que todavía no ha transcurrido tiempo suficiente desde la creación de estas redes sociales. Aun así, la problemática ya se atisba en resoluciones como la comentada de la AP Lugo, 57/2017, por lo que creemos que más pronto que tarde comenzarán a proliferar casos en los que la práctica del *sharenting* pueda acarrear consecuencias perjudiciales para los menores.

BIBLIOGRAFÍA

BRAT, C.: “Top-Down or from the Ground?: A Practical Perspective on Reforming the Field of Children and the Law”, *The Yale Law Journal Forum*, núm. 127, 2018.

DAILEY, A. Y ROSENBURY, L.: “The New Law of the Child”, *The Yale Law Journal*, 127, 2018.

DE LAMA AYMÁ, A.: *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

GRIMALT SERVERA, P.: *La responsabilidad civil por los daños causados a la dignidad humana por los menores en el uso de las redes sociales*, Comares, Granada, 2017.

GARCÍA RUBIO, M.P.: “Los derechos de la Personalidad”, en *Tratado de derecho de la persona física*, (dir. GETE-ALONSO Y CALERA, M. C.), Tomo II, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2013.

GARCÍA RUBIO, M.P.: “La persona en el Derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas”, *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 13, 2013.

MACÍAS CASTILLO, A.: “El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen”, *Diario La Ley*, núm. 6913, Sección Doctrina, 2008.

OTERO CRESPO, M.: “Improcedencia de la nulidad contractual por infracción de

normas ¿administrativas?”, *Revista Xurídica Galega*, núm. 63, 2009.

PARRA LUCÁN, M.A. Y ARENAS GARCÍA, R.: “Minoría de edad”, en *Tratado de Derecho de la Persona Física*, (dir. GETE ALONSO Y CALERA, M.C.), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013.

ROCA TRÍAS, E.: *Familia y cambio social (De la “casa” a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999.

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.

SEISDEDOS MUÑO, A.: *Código civil comentado* (art. 162), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2016.

STEINBERG, S.B.: “Sharenting: Children's Privacy in the Age of Social Media”, *Emory Law Journal* núm. 66, 2017.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

VARELA CASTRO, I.: “El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2188, 2016.

VENDRELL CERVANTES, C.: *El Mercado de los Derechos de Imagen*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

