

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA
INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN DE LOS
MENORES DE EDAD

THE JURIDICAL PROTECTION OF THE RIGHTS TO THE HONOR, TO THE PERSONAL
AND FAMILIAR INTIMACY AND TO THE OWN IMAGE OF THE MINORS

DRA. ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid
aiberrocalanzarot@der.ucm.es

RESUMEN: Los derechos de la personalidad –tales como el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y la propia imagen- de las personas en general y muy especialmente de los menores de edad como derechos fundamentales han de ser protegidos frente a cualquier intromisión ilegítima que, les pueda afectar no sólo en lo que constituye su campo tradicional de operatividad, sino también en el nuevo espacio virtual que, representa internet. Así, las nuevas tecnologías, servicios y productos relacionados con la sociedad de la información y el conocimiento y los medios de comunicación social –redes sociales- constituyen, por un lado, el vehículo o herramienta que posibilita el intercambio de información, de opiniones, de datos, imágenes, ideas, y por otro lado, pueden favorecer actuaciones ilícitas de determinadas personas aprovechando la falta de control, la facilidad de acceso al medio, y cierta inconsciencia o vulnerabilidad de las personas que, utilizan estas nuevas tecnología de la información. Resulta necesario proteger a su titular y garantizar de manera efectiva el pleno ejercicio de tales derechos. El presente estudio se centra en el análisis de tales derechos de la personalidad en los diferentes ámbitos de actuación posibles, y en las medidas que han de adoptarse para su protección, especialmente si la titularidad corresponde a un menor de edad; y las consecuencias que se derivan de su vulneración.

PALABRAS CLAVE: Derechos de la personalidad, intromisión, menores.

ABSTRACT: The rights of the personality –such as the right to the honor, to the personal and familiar intimacy and the own image- of the persons in general and very specially from the minors like fundamental rights have to belong protected opposite to any illegitimate interference that can affect them not only in what it constitute if traditional field of operability but also in the new virtual space that internet represents. The new technologies, services and products related to the company of

the information and the knowledge and the means of social communications –social networks- constitute on the one hand the vehicle or tool that makes possible the exchange of information, opinions, images, ideas and on the other hand they can favor illicit actions of certain unconsciousness or vulnerability of the persons who use these new technologies of the information. It turns out necessary to protect his holder and to guarantee in an effective way the full exercise of such rights of the personality on the different areas of possible actions and in the measures that have to be adopted for his protection, especially if the ownership corresponds to a minor and the consequences that stem from his violation.

KEY WORDS: Right of the personality, interference, minors.

FECHA DE ENTREGA: 13/05/2016/FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/06/2016.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.- II. DELIMITACIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN.- III. LAS INTROMISIONES ILEGÍTIMAS Y LEGÍTIMAS EN LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN.- IV. RESPONSABILIDAD CIVIL Y REPARACIÓN DEL DAÑO.- V. CONCLUSIONES FINALES.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Internet ha supuesto un cambio en la percepción y concepción de la realidad y viene a constituir una nueva forma de gestionar la información y el conocimiento. Lo cierto es que, como cualquier otro instrumento, su empleo conlleva efectos positivos y negativos. Dentro de estos últimos, hay que señalar la utilización inadecuada de la información que, puede afectar a bienes jurídicos, en concreto, a determinados derechos de la persona, como el honor, intimidad y propia imagen. Nadie duda que, internet es una fuente de conocimiento y de información, y que, en muchas ocasiones esa información afecta a la persona, bien porque directamente se proporciona por el interesado, o por terceros, y que puede ser utilizada por cualquier que tenga acceso a internet, no sólo contra la voluntad del afectado, sino también sin su conocimiento y sin su consentimiento. Resulta más grave y peligroso el hecho que esa información provenga de menores de edad, y que, por tanto, puedan verse afectados por su mala utilización. Estamos ante un sector de la población que poseen mayores conocimientos y dominio de internet, de sus aplicaciones, medios y soportes respecto al que puede tener otro grupo de individuos. No hay menor de edad que no disponga de algún dispositivo que le permita conectarse a la red, ya sea una tablet, ordenador o móvil, si bien para su empleo no se preocupan estos menores de dotarlos de ciertas medidas de seguridad ya sean cortafuegos, antivirus, y, asimismo, suelen navegar a través de ellos de forma totalmente despreocupada, aportando datos personales como de su entorno familiar y círculo de amistades, en algunas ocasiones especialmente sensibles, sin percatarse de quien puede estar recibiendo esa información y cómo la va a utilizar. Igualmente, no debemos olvidar que se trata de personas con una limitada capacidad de obrar, a la que el ordenamiento jurídico debe procurar la máxima protección de sus derechos e intereses mediante la exigencia de un complemento de su capacidad cuando lo necesiten, o impidiendo su actuación en algunos otros casos. Tanto los padres como representantes legales de sus hijos menores de edad, como los tutores, en su caso, tienen la obligación de velar por los hijos (artículo 154 del Código Civil) o por el tutelado (artículo 267 del Código Civil), asimismo, los poderes públicos en su concreta esfera de actuación, deben procurar la defensa de la privacidad, intimidad y honor de quienes son menores de edad. Precisamente, la sentencia del Tribunal

Supremo, Sala de lo Penal, sección 1ª, de 10 de diciembre de 2015¹ en un caso en el que se cuestiona el derecho a la intimidad de la menor por el acceso a su cuenta de Facebook por su madre sin que constataste el permiso de la menor ante la sospecha de que la niña pudiera estar siendo víctima de ciberacoso.

Al respecto la citada resolución afirma que, no puede el ordenamiento hacer descansar en los padres unas obligaciones de velar por sus hijos menores y al mismo tiempo desposeerles de toda capacidad de control en casos como el presente en que las evidencias apuntaban inequívocamente a que se estaba desarrollando una actividad presuntamente criminal en la que no cabía excluir la victimización de su hija. Además, se indica que, la menor titular de la cuenta no solo no protestó por esa intromisión en su intimidad, sino que, además, refrendó con sus declaraciones el contenido de esas comunicaciones ya producidas en la que constituiría una prueba independiente de la cuestionada –los mensajes a través de Facebook-. Asimismo, asegura que no se ha determinado como llegó a conocimiento de la madre la clave de su hija, aunque considera fundado que ésta o una hermana se la comunicaron de forma voluntaria, descartando que la conociera a través de artilugios o métodos de indagación informática al margen de la voluntad del titular de la cuenta. También se establece que, no puede considerarse ilícita una prueba cuando la afectación a la intimidad proviene de un particular que, está autorizado para acceder a ese ámbito de privacidad que desvela, aunque abuse de la confianza concedida. Y, en fin, considera que, si bien, estamos ante espacios de privacidad e intimidad, esos derechos, como cualquier otro, pueden verse sometidos a restricciones en aquellos casos en los que se constata la existencia de un interés constitucionalmente prevalente al interés de la persona en mantener la privación de determinada información.

En este contexto, lo que resulta actualmente preocupante, es el empleo de las redes sociales por menores cada vez a una más temprana edad como vehículo de intercambio de ideas, opiniones y de todo tipo de información, y cómo el mal uso y abuso que, se están haciendo por determinadas personas de edad adulta, e, incluso, por los propios menores compañeros de colegio de los datos personales que, se aportan a la red, pueden inevitablemente derivar en que el menor se convierta en la víctima de un delito², o en el suicidio del propio menor ante una situación de

¹ JUR 2016, 35982.

² La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sección 1ª, de 12 de abril de 2016 (JUR 2016, 75822) se refiere a un caso de abuso sexual a menor de edad mediante webcam. Los hechos probados no dan cuenta de un contacto físico entre el acusado Carmelo y la niña de 10 años Nicolasa. Describen la realidad de una conversación desarrollada en Facebook, de la que no existe constancia gráfica, pero en la que se intercambiaron mensajes e imágenes a través de las respectivas cámaras webcam de la que disponían ambos protagonistas. Y más allá de la transcripción íntegra de ese diálogo, tal y como se recoge en el *factum*, existieron evidentes indicaciones por parte del acusado a la menor, acerca de dónde tenía que tocarse –boca, pechos, ano y clítoris- o dónde tenía que introducirse los dedos –boca, vagina y ano- o qué partes tenía que enseñarle la menor para su

ciberbullying o ciberacoso. Se da la paradoja que quienes más dominan el medio, son las principales víctimas, pues, la inocencia, confianza y despreocupación en aportar información personal, incrementa el peligro de su inadecuada utilización por terceros con fines no precisamente lícitos. De todas formas, ese empleo no controlado e imprudente, en ocasiones, de las redes sociales es trasladable también a personas ya adultas.

En todo caso, se ha de garantizar los derechos fundamentales de la persona en general, y, de los menores en particular, como titulares del derecho al honor, intimidad personal y familiar y la propia imagen, esencialmente en un entorno no libre de peligros y abusos como es internet. De ahí que, el presente estudio se centre en el tratamiento y protección jurídica de tales derechos, y, en especial cuando afectan a menores de edad, determinando en primer lugar, lo que representan tales derechos de la personalidad y su alcance, para luego analizar cuando se produce una intromisión ilegítima de tales derechos, sobretodo en la red; en tercer lugar, fijaremos propuestas de resolución a determinados problemas que, la propia legislación no ha previsto al ser las nuevas tecnologías un campo nuevo en continuo

disfrute libidinoso. El art. 183 del Código Penal en la redacción vigente en la fecha en que sucedieron los hechos, castigaba con una pena de prisión de 2 a 6 años al que "...realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años". En la actualidad, a raíz de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que ha elevado la franja cronológica para ser considerado víctima de este delito, se ha suprimido la referencia al bien jurídico protegido, sustituyendo la mención a la indemnidad sexual por una mención más amplia "...actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años". Este cambio legislativo, que la sentencia del Tribunal Supremo 652/2015, de 3 de noviembre atribuye a un "...prurito doctrinal del sector responsable de la redacción de la reforma", no debe interpretarse más allá de una rectificación semántica que no modifica el criterio de esta Sala respecto a la indemnidad sexual como bien jurídico protegido cuando el menor de edad es el destinatario del ataque de carácter sexual (SSTS 331/2004, de 16 de marzo o 604/2012, de 20 de junio, entre otras muchas). De hecho, el epígrafe que rotula el título VIII del Libro II sigue incluyendo una alusión expresa a la indemnidad sexual como bien jurídico protegido. Son muchos los precedentes de esta Sala en los que la aplicación del citado artículo 183 del Código Penal no se ha visto obstaculizada por el hecho de que no mediara contacto físico entre agresor y víctima (STS 1397/2009, de 29 de diciembre). Y no sólo en aquellos casos en los que la ausencia de relación física está ligada al escenario telemático en el que se desarrolla el abuso. Pero más allá de aquellos supuestos en los que la falta de contacto físico se produce en un contexto de proximidad entre agresor y víctima, las nuevas formas de comunicación introducen inéditos modelos de interrelación en los que la distancia geográfica deja paso a una cercanía virtual en la que la afectación del bien jurídico, no es que sea posible, sino que puede llegar a desarrollarse con un realismo hasta ahora inimaginable. El intercambio de imágenes de claro contenido sexual, obligando a un menor a enviar fotografías que atentaban contra su indemnidad sexual (ATS 1474/2014, de 18 de septiembre), la obtención de grabaciones con inequívocos actos sexuales ejecutados por menores de edad (STS 864/2015, de 10 de diciembre), la introducción anal y vaginal de objetos por parte de dos niñas menores de edad, inducidas por su propia madre para su observación por un tercero a través de internet (STS 786/2015, de 4 de diciembre), son solo algunos ejemplos bien recientes de resoluciones de esta Sala en las que hemos considerado que el ataque a la indemnidad sexual del menor de edad puede producirse sin esa contigüidad física que, hasta hace pocos años, era presupuesto indispensable para la tipicidad de conducta de agresiones o abusos sexuales a menores.

desarrollo; y, por último, determinaremos la responsabilidad civil de todos los implicados y las posibles exigencias de reparación del daño.

II. DELIMITACIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN.

Nuestra Constitución española reconoce con carácter general el derecho al honor, a la intimidad y el derecho a la propia imagen en su art. 18 en armónica consonancia con los arts. 20.4 y 39.4. El art. 20.1.d) especifica que el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión encuentra su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título y “especialmente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”. El apartado 4º del art. 18 prevé la limitación por medio de Ley del uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar y el art. 105, b) de la Constitución Española a la vez que prevé que la Ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, excluye del público conocimiento “lo que afecte a la intimidad de las personas”. Debe también tenerse presente que, el art. 39 de la Constitución Española asume como principio rector de la política social y económica, la protección integral de los hijos.

En desarrollo de tales derechos fundamentales se dictó 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, que tutela los derechos con independencia de la mayoría o minoría de edad de su titular, aborda las peculiaridades del ejercicio y protección de los derechos de los menores al regular el consentimiento ante los actos de intromisión, estableciendo dos reglas: el consentimiento de los menores e incapaces a las intromisiones en su intimidad o propia imagen deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil (apartado primero del art. 3) En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez (apartado segundo del art. 3).

Con posterioridad, en aras de lograr una protección reforzada de tales derechos respecto de los menores de edad y de los mecanismos de garantía previstos en la citada Ley Orgánica 1/1982, se orientan los arts. 4 y 5 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del

Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil³ por tratarse de seres en proceso de formación, y especialmente vulnerables ante los ataques de sus derechos, a la vez que se opta por priorizar el interés del menor frente a cualquier otro interés en juego. Así se prohíbe la difusión de datos o imágenes referidos a menores de edad en los medios de comunicación, cuando sea contrario a su interés, incluso cuando conste el consentimiento del menor. Por su parte, el art. 13.3 de esta Ley contiene una auténtica cláusula general para la defensa de la intimidad en el ámbito de las actuaciones de protección de menores, estableciéndose que las autoridades y las personas que por su profesión o función conozcan el caso, actuarán con la debida reserva.

Por su parte, el art. 8.1 de la Ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico⁴ (en adelante, LSSICE) dispone que en caso de que un determinado servicio de la sociedad de la información atente o pueda atentar contra los principios que la Ley recoge, los órganos competentes para su protección, en ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que los vulneran. Entre tales principios en la letra d) se incluye el de la protección de la juventud y de la infancia. Aparte de la responsabilidad propia del autor y titular de la página web en la que se inserten los contenidos atentatorios contra los derechos del menor, deberán tener presente la autoridad judicial y, el Ministerio Fiscal que, la LSSICE establece también las obligaciones y responsabilidades de los prestadores de servicios que realicen actividades de

³ El art. 2.1 de esta Ley Orgánica 1/1996 ha sido modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia señala que: “1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”. Por lo que con la nueva regulación el concepto de interés superior del menor se define desde un contenido triple. Por un parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero, además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo, y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral. A la luz de estas consideraciones, es claro que, la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios adoptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio. Tales criterios se contienen en el apartado 2 del citado art. 2 y se ponderaran conforme a los elementos generales previstos en su apartado 3.

⁴ BOE, núm. 166, de 12 de julio de 2002, pp. 25388 a 25403.

intermediación como las de transmisión, copia, alojamiento y localización de datos en la red. En general, éstas imponen a dichos prestadores un deber de colaboración para impedir que determinados servicios o contenidos ilícitos se sigan divulgando (arts. 11 y 14 a 16 LSSICE). La LSSICE parte del principio de no imponer a los prestadores de servicios la obligación de realizar actividades de control y supervisión de los datos que se transmiten o se almacenan, teniendo en cuenta que, cuantitativamente son ingentes. Como contrapeso, simultáneamente se les impone a estos prestadores un deber de colaboración para evitar la comisión de delitos o actividades ilícitas en la red en cuanto tomen conocimiento de ellas, retirando e imposibilitando el acceso de aquella información que, sea así calificada con la debida diligencia. También debe mencionarse la contundente legislación penal que castiga el más grave de los ataques contra la intimidad y propia imagen de los menores: la pornografía infantil, pederastia. Del mismo modo, el propio Código Penal, al regular los tipos de delitos contra la intimidad, estructura como tipo agravado la lesión a la intimidad del menor (art. 197.5), asimilando estos ataques por razón de la edad del sujeto pasivo a los secretos que afectan al núcleo duro de la privacidad (datos relativos a la salud, la ideología, las creencias religiosas, los orígenes raciales y la vida sexual).

En un plano internacional, es de destacar el art. 8.1 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores de 29 de noviembre de 1985 –Reglas de Beijing- en el que se establece que, para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudique a menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad. Igualmente, la Convención de los Derechos del Niño de la ONU de 20 de diciembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, en su artículo 12 manifiesta que “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”; y refuerza el artículo 13 al disponer que “1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño”. Si bien, añade su párrafo segundo que, el ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias: a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas. Asimismo, el artículo 16 proscribire las intromisiones en la intimidad del menor al

declarar que “ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. El niño tiene derecho a la protección de la Ley contra tales injerencias”. También el punto 8.29 de la Carta Europea de Derechos del Niño (Resolución del Parlamento Europeo A3-0172/92 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”, y el punto 8.43 de esta misma Carta otorga protección frente a utilizaciones lesivas de la imagen del menor. En la misma línea, el Convenio Europeo de los Derechos Humanos revisado de conformidad con el Protocolo nº 11 y entrada en vigor el día 1 de noviembre de 1998, alude en su art. 10 al derecho de toda persona a la libertad de expresión que, alcanza tanto a la libertad de opinión, como la libertad de recibir y comunicar información o ideas, reconociendo, asimismo, su ejercicio limitado en orden a la reputación y derecho de terceros. Por su parte, el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado el 16 de diciembre de 1966, en cuyo último inciso declara que, toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública excepto en los casos en que el interés de los menores de edad exija lo contrario o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a tutela de menores. Asimismo, hay que destacar, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, concretamente el art. 24, relativo a las medidas de protección que requiere el menor tanto de la familia como de la sociedad y el Estado; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966, que, en su art. 10.3 obliga a adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes y específicamente contra la explotación económica y social; la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, que en su art. 25.2 reconoce el derecho de la infancia a cuidados y asistencia especiales; la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas “Un mundo apropiado para los niños” de 10 de mayo de 2002; y, la Resolución de esta misma Asamblea sobre Derechos del Niño de 19 de diciembre de 2006.

En Europa, se ha producido un amplio reconocimiento de los derechos fundamentales en el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, ratificado por España el 10 de octubre de 1979, que regula en su artículo 8 el derecho al respeto de la vida privada y familiar, y en el artículo 10 el derecho a la libertad de expresión; y también en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre en Estrasburgo.

Igualmente, sobre la base que los Estados miembros del Consejo de Europa tienen la obligación de garantizar a todas las personas de su jurisdicción los derechos y libertades fundamentales consagradas precisamente en el Convenio Europeo de

Derechos Humanos, se ha formulado la Recomendación CM/Rec (2014) 6 del Consejo de Ministros a los Estados miembros sobre una Guía de los Derechos Humanos para los usuarios de Internet (Adoptada por el Consejo de Ministros el 16 de abril de 2014 en la 1197ª reunión de Delegados de los Ministros). Esta Guía junto con el Anexo a la Recomendación que se contiene en la misma, realiza una concreta formulación de los derechos fundamentales en Internet, si bien no establece nuevos derechos humanos ni libertades fundamentales distintas de los ya contenidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en otros Convenios e Instrumentos del Consejo de Europa, más allá del derecho de acceso.

Se estructura en seis grandes áreas de actuación: 1. Libertad de expresión e información; 2. Derechos de reunión, asociación y participación; 3. Protección del honor, intimidad, imagen y datos de carácter personal; 4. Derecho de educación y acceso y promoción de la cultura; 5. Protección de la infancia y la juventud; y 6. Tutela judicial efectiva.

Así respecto del acceso y no discriminación se indica que, Internet tiene características de servicio público y personas, comunidades, autoridades públicas y entidades privadas dependen cada vez más de Internet para sus actividades y tienen una expectativa legítima de que sus servicios sean accesibles, ofrecidos sin discriminación, asequibles, seguros, fiables y continuos. Además, nadie debería estar sujeto a injerencias ilícitas, innecesarias o desproporcionadas en el ejercicio de sus derechos humanos y sus libertades fundamentales al usar Internet. Por lo tanto, a nadie se le puede negar el acceso a Internet y demás redes de comunicación contra su voluntad, salvo por decisión judicial motivada o previa acuerdo contractual específico. Asimismo, se concreta un derecho a no ser discriminado en la red, idéntico al que existe con carácter general. Además, los poderes públicos deberán garantizar el acceso tanto a los usuarios de zonas rurales o alejadas geográficamente, como el acceso a las personas con discapacidad y debe estar adaptados a sus necesidades. En materia de libertad de expresión e información, como principales novedades en la Guía se establece que, los prestadores de servicios de Internet y los prestadores de contenido y servicios en línea tienen responsabilidades corporativas que cumplir en lo que se refiere al respeto de los derechos humanos y a ofertar mecanismos para responder a las reclamaciones que formulen los usuarios. No obstante, los prestadores de servicios en línea, incluidos los titulares responsables de las redes sociales pueden restringir ciertos tipos de contenido y comportamiento debidos a sus políticas de contenido, de las que el usuario debe ser informado previamente con el fin de que pueda decidir con conocimiento de causa, si utiliza o no el servicio. Esto incluye información específica sobre los contenidos y comportamientos que el proveedor de servicios en línea considera ilegales o inadecuados cuando se usa el servicio y sobre la manera en que se trata esos casos. En todo caso, las autoridades públicas deben respetar y proteger la libertad de expresión y de información. Toda restricción a esta libertad debe tener un carácter

no arbitrario, y debe obedecer a un objetivo legítimo de acuerdo con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. El alcance o duración de la restricción no deberán ser mayores de lo estrictamente necesario para lograr un objetivo legítimo. Asimismo, se recoge que el usuario tiene derecho a no revelar su identidad en línea, por ejemplo, mediante seudónimo. Sin embargo, debe tener en cuenta que las autoridades nacionales pueden tomar medidas que conduzcan a revelar su identidad. En materia de protección de la vida privada y de los datos personales se formula un derecho al respecto de la vida privada y familiar en Internet, que abarca la protección de sus datos personales y el respeto a la confidencialidad de su correspondencia y sus comunicaciones. En cuanto al objeto de tratamiento constante de los datos personales en Internet cuando se utiliza servicios tales como navegadores, correo electrónico, mensajes instantáneos, protocolos de transmisión de voz por Internet, redes sociales, motores de búsqueda y servicios de almacenamiento de datos en la nube dispone la Guía que sus datos personales solo deberán ser objeto de tratamiento cuando la ley lo prevea o cuando el usuario de manera informada haya dado el consentimiento. Por ello, el usuario deberá estar informado de qué datos personales son objeto de tratamiento o transferencia a terceros, cuando lo son, por quién y con qué propósito, para poder ejercer un control sobre los mismos, verificar que sean exactos, solicitar que se corrijan o se elimine o pedir que no se conserven por más tiempo de lo necesario. En fin, también la Guía presta especial atención a los derechos fundamentales de los menores y los jóvenes en su uso de Internet. Así, se les reconoce expresamente los derechos de libertad de expresión o de información. Pero junto a esos derechos, la Guía parte de que cualquier persona responsable de ofrecer información y contenidos en la red, debe tener en cuenta que el contenido, incluido el contenido creado por otros usuarios, es accesible a todos, incluso a los menores, y puede poner en peligro su dignidad, su seguridad y su vida privada, por lo que debe tenerse presente esta circunstancia, si estima que el contenido es perjudicial o atentatorio con los derechos del menor. Si lo solicita, tal contenido debe ser retirado o eliminado dentro de un plazo razonable. Además, se establece que los menores deben gozar de una protección especial contra toda traba a su bienestar físico, mental y moral, en particular, el abuso y la explotación sexual en Internet y otras formas de ciberdelincuencia. En especial, tienen derecho a la educación para protegerles de tales amenazas.

Finalmente, se debe mencionar el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a libre circulación de estos datos (Reglamento General de Protección de Datos) que ha recibido el 14 de abril de 2016 el visto bueno definitivo del Parlamento Europeo. Si bien, la aplicación de este nuevo texto nos será efectiva hasta el año 2018, pues, el Reglamento establece un periodo transitorio y está previsto que no sea aplicable hasta dos años después de la fecha de

entrada en vigor (que se produce a los 20 días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea). Esto significa que el texto no será ejecutivo antes del segundo semestre de 2018. El objetivo de este nuevo Reglamento General es dar más control a los ciudadanos sobre su información privada en un mundo de teléfonos inteligentes, redes sociales, banca por internet y transferencias globales (artículo 1). Entre otras disposiciones, las nuevas reglas en materia de protección de datos incluyen: 1. La necesidad de consentimiento claro y afirmativo de la persona concernida al tratamiento de sus datos personales; 2. El derecho al olvido mediante la rectificación o supresión de datos personales; 3. La “portabilidad” o el derecho a trasladar los datos a otro proveedor de servicios; 4. Lenguaje claro y comprensible sobre cláusulas de privacidad; 5. Multas de hasta el 4% de la facturación global de las empresas en caso de infracción; y, 6. El derecho de oponerse incluso al uso de datos personales a efecto de establecimiento de perfiles. Además se señala que, la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales es un derecho fundamental y para garantizar un nivel coherente de protección de las personas en toda la Unión y evitar divergencias que dificulten la libre circulación de datos dentro del mercado interior, es necesario un Reglamento que proporcione seguridad jurídica y transparencia en los operadores económicos, incluidas las micro, pequeñas y medianas empresas y ofrezca a las personas físicas de todos los Estados miembros el mismo nivel de derechos y obligaciones protegidos jurídicamente y de responsabilidades para los responsables y encargados del tratamiento, con el fin de garantizar una supervisión coherente del tratamiento de los datos personales y sanciones equivalentes en todos los Estados miembros, así como la cooperación efectiva de las autoridades de control de los diferentes Estados miembros.

En este contexto, se debe recalcar el valor que, los Convenios internacionales adquieren en relación con los menores, lo que es además especialmente enfatizado por la Constitución Española. Así, el art. 10.2 de la misma establece genéricamente que, las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con la Declaración de los Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias suscritos por España; y, el art. 39.4, *ad abundantia maior*, dispone que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que, velan por sus derechos”.

En este contexto, los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor se encuentran hiperprotegidos por nuestro ordenamiento jurídico, precisamente por la nota de desvalimiento que les define, por tratarse de personas en formación, más vulnerables, por tanto, a los ataques de sus derechos⁵. Estas garantías adicionales se justifican, precisamente, por el *plus* de antijuridicidad predicable de los ataques a tales derechos cuando el sujeto pasivo es un menor, pues no solamente lesionan el honor, la intimidad o la propia imagen, sino que además

⁵ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de julio de 2014 (RJ 2014, 3553).

pueden perturbar su correcto desarrollo físico, mental y moral, y empañan en definitiva su derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la futura estima social.

Ahora bien, el derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen participa de la naturaleza de los derechos de la personalidad⁶ y, por tanto, de los caracteres que le son propios, esto es, la irrenunciabilidad, inalienabilidad o intransmisibilidad por ser inseparables de la persona a que pertenecen; de ahí que, también resulten que, son inexpropiables e inembargables y que no cabe en relación con ellos el ejercicio de la acción subrogatoria (art. 1111 del Código Civil), y la imprescriptibilidad –en cuanto no se extinguen, como tales derechos, por su falta de ejercicio- *ex* art. 1.3 de la Ley Orgánica 1/1982, así como también su carácter absoluto u oponibilidad *erga omnes*, ya sea frente a particulares, ya sea frente a poderes públicos, y su naturaleza esencial, inherente a la persona, pues, se trata de derechos innatos u originarios en cuando se adquieren como consecuencia del hecho de ser hombre. Finalmente, hay que destacar su contenido extrapatrimonial en cuanto lo bienes que se protegen son radicalmente personales y carecen de contenido patrimonial⁷. Si bien, no son ilimitados, pues, están sujetos como los

⁶ Para MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “Los derechos de la personalidad”, *Curso de Derecho Civil, vol. I Derecho Privado. Derecho de la persona, volumen coordinado por Pedro de Pablo Contreras*, 4ª ed., Colex, Madrid 2011, p. 546, conceptúa los derechos de la personalidad, como “derechos subjetivos derivados de la naturaleza humana, y de la dignidad inherente a la persona, dirigidos a proteger la esfera más inmediatamente personal del ser humano, tanto en su vertiente física (derechos a la vida y a la integridad física), como espiritual (derechos al honor, a la intimidad y la imagen)”. Por su parte, O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil, T. I Parte General*, séptima edición corregida y puesta al día, Dijusa, Madrid 2009, p. 179, define los derechos de la personalidad como “el poder que el ordenamiento concede a la persona, para la autoprotección de los intereses más inherentes a la misma, en su aspecto material, como moral”.

Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9100) define los derechos de la personalidad como “derechos subjetivos que recaen sobre aspectos o manifestaciones inherentes a la persona, como ser humano, y no constituyen un solo derecho con varios aspectos *ius in re ipsum* sino un conjunto de derechos; entre ellos se hallan los del honor, intimidad e imagen”. Y añade respecto a estos derechos que “no se trata de un derecho tricéfalo, sino de tres derechos”.

⁷ O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “Derecho al honor”, *Actualidad Civil 1990-1*, pp. 3-4; del mismo autor, O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil, op. cit.*, p. 181; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “Los derechos de la personalidad”, *op. cit.*, pp. 552-555 y 566, quien, asimismo, en cuanto al significado de esos caracteres matiza: “1. Que aunque el derecho en sí es imprescriptible, las acciones concedidas para reaccionar frente a una concreta vulneración del mismo, sí pueden verse extinguidas por el trascurso del tiempo; en este caso la propia LOPDH dispone que, las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas; 2. Que lo que está excluido es la renuncia previa y general al derecho de que se trata, cuyo efecto sería la extinción del propio derecho; sí cabe, como recuerda la propia ley, tanto autorizar una determinada intromisión (que sin autorización podría resultar ilegítima), como no ejercitar (e incluso renunciar, una vez nacida la acción) las acciones concedidas por el ordenamiento, en caso de producirse efectivamente una intromisión ilegítima”; Díez-PICAZO L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil, vol. I*, Tecnos, duodécima edición, Madrid, 2012, pp. 324-235 y 342; LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al.*, *Elementos de Derecho Civil, T. I Parte General, vol. 2 Personas*, Dykinson, sexta edición revisada y puesta al día por

demás derechos, a sus propios límites intrínsecos y límites extrínsecos derivados de la existencia y protección de los derechos y libertades de los demás.

Asimismo, como hemos señalado, son reconocidos en el art. 18 de la Constitución Española como derechos fundamentales. Lo que hace que se les dote de las mayores garantías constitucionales, es decir, se protejan ante los Tribunales ordinarios mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia, sumariedad, susceptibles de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y reservando su desarrollo a la necesidad de Ley Orgánica.

Precisamente, la Ley Orgánica 1/1982 que regula el derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, no ofrece una definición de tales derechos, dejando esa labor a la doctrina y a la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo. Así, el derecho al honor se concibe como un concepto jurídico indeterminado en constante evolución, de contenido lábil, fluido y cambiante que, se concreta en cada caso en atención a las normas, valores e ideas y usos sociales vigente en cada momento; de ahí que, los órganos judiciales dispongan de un cierto margen de apreciación a la hora de concretar en cada caso, cuando debe tenerse lesionado un derecho fundamental como el derecho al honor⁸. Consiste en la dignidad personal reflejada en la consideración de los

Jesús Delgado Echevarría, Madrid, 2010, pp. 59-60. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 3 de diciembre de 2008 (RJ 2008, 6942); y, de 10 de octubre de 2014 (RJ 2014, 5148).

⁸ Vid., las sentencias del Tribunal Constitucional 170, 1994, de 7 de junio (RTC 170, 1994); Sala Segunda, de 22 de mayo de 1995 (RTC 1995, 76), en la que precisa que “en tal aspecto, parece evidente que el honor del hidalgo no tenía los mismos puntos de referencia que interesan al hombre en nuestros días. Si otrora la honestidad y recato de las mujeres era su componente principal, parigual con el valor o coraje del varón, hoy como ayer son honradez e integridad el mejor ingrediente del crédito personal en todos los sectores”; 180/1999, de 11 de octubre (RTC 180, 1999); 112/2000, de 5 de mayo (RTC 2000, 112); 49/2001, de 26 de febrero (RTC 2001, 49); y, 9/2007, de 15 de enero (RTC 2007, 9). Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Segovia, de 13 de junio de 2002 (JUR 2002, 232154); de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 4ª, de 3 de diciembre de 2002 (JUR 2003, 82012); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9ª, de 5 de abril de 2003 (JUR 2003, 171113); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13ª, de 23 de diciembre de 2004 (AC 2005, 208), señala que, “el derecho al honor es un derecho relativo y circunstancial, de modo que se hace preciso destacar determinadas delimitaciones o matizaciones del concepto del honor. En primer lugar por el contexto en que se producen las expresiones, ya que tienen importancia para la calificación de las mismas, el medio en que se vierten y las circunstancias que lo rodean. En segundo lugar, la proyección pública de la persona que se sienta ofendida, que al haber optado libremente por tal condición, debe soportar cierto riesgo de una lesión de sus derechos de la personalidad, yal como dice la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de octubre de 1987 (RTC 1987, 165), de modo que, según se dice, en las personas o actividades de proyección y trascendencia pública la protección del derecho al honor disminuye, la de la intimidad se diluye, y la de la imagen la excluye. Y, en tercer lugar, por la gravedad de las expresiones objetivamente consideradas, que no deben llegar al tipo penal por un lado, ni tampoco ser meramente intrascendentes por otro”; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 9ª, de 15 de abril de 2005 (AC 2005, 1212); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 3ª, de 11 de octubre de 2005 (AC 2006, 277); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 13ª, de 4 de abril de

demás y en el sentimiento de la propia persona, que aparece desdoblado en un aspecto trascendente que, se resume en la consideración externa de la persona, esto es, en su dimensión social y en un aspecto inmanente, subjetivo e individual, que es la consideración que, cada uno tiene de sí mismo⁹. En sentido negativo, al expresar lo que constituye una lesión o intromisión ilegítima, el art. 7.7 de la citada Ley Orgánica 1/1982 entiende el derecho al honor como “la imputación de hechos o manifestaciones de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”.

En este contexto, es habitual en la doctrina y jurisprudencia distinguir dentro del derecho al honor un aspecto subjetivo inmanente e interno de íntima convicción que, estima de la persona hacia sí misma, sentimiento de la propia dignidad; y otro objetivo o trascendente, externo o de valoración social que, supone la estima de los demás hacia esa persona, reconocimiento que hacen los demás de nuestra propia dignidad¹⁰. Un reflejo de esta distinción la podemos encontrar en el ya citado art. 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982 –redactado por la Ley Orgánica de 23 de noviembre de 1995- que considera intromisión ilegítima “la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de las acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama (aspecto objetivo) o atentando contra su propia estimación (aspecto subjetivo)”. Sin embargo, la doctrina del Tribunal Constitucional pone el acento más en el aspecto

2008 (AC 2008, 1034); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 21ª, de 31 de marzo de 2009 (JUR 2009, 247469).

⁹ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil, op. cit.*, p. 185; LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al.*: *Elementos de Derecho Civil, op. cit.*, p. 91, aceptando la definición de De Cupis, considera el derecho al honor, como “la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona”. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 18 de junio de 2010 (RJ 2010, 2381); y, de 10 de octubre de 2014 (RJ 2014, 5148); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6ª, de 18 de noviembre de 1998 (AC 1998, 8906); de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2ª, de 8 de junio de 2001 (JUR 2001, 227930); de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 5ª, de 22 de enero de 2002 (JUR 2002, 111125); de la Audiencia Provincial de Ávila, 10 de junio de 2002 (JUR 2002, 228827); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 25ª, de 24 de noviembre de 2004 (AC 2005, 48); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4ª, de 2 de marzo de 2005 (AC 2005, 312).

¹⁰ DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil, op. cit.*, p. 340, señalan que “el derecho al honor comprende, desde luego, el buen nombre y la fama o el prestigio, que es el honor entendido como trato recibido de los demás; pero comprende también un aspecto íntimo o personal consistente en la propia estimación por la persona de su propia dignidad; se le puede proteger contra ataques o vejaciones, que, aunque sin poner en absoluto en peligro la fama o el buen nombre, signifiquen menosprecio”. Vid., asimismo, LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al.*: *Elementos de Derecho Civil, op. cit.*, p. 91; y, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 16 de febrero de 2010 (RJ 2010, 1782); y, de 14 de junio de 2010 (RJ 2010, 5388); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 6 de octubre de 1998 (AC 1998, 7821); de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 25 de mayo de 1999 (AC 1999, 75998); de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 3ª, de 5 de abril de 2006 (JUR 2006, 263294); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 19ª, de 19 de mayo de 2008 (AC 2008, 1137).

objetivo –estima de los demás-, como el más propio de este derecho. Así la sentencia de este Tribunal de 14 de diciembre de 1992¹¹ señala que “el denominador común de todos los ataques o intromisiones (...) en el ámbito de protección de este derecho, es el desmerecimiento de la consideración ajena (...) como consecuencia de las expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fueran tenidas en el concepto público por afrentosas”. En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, del Pleno, de 16 de enero de 2009¹² señala que “el honor, definido doctrinalmente, en su ámbito objetivo, como es la estimación por la persona en y por la sociedad, es considerado en nuestro ordenamiento un concepto jurídico cuya precisión dependen en cada caso de las normas, valores e ideas sociales vigente en el momento de que se trate” y, continúa “esa formulación, sin embargo, no impide entender que, con su reconocimiento normativo, se pretende amparar la buena reputación de una persona, frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena, por ir en su descrédito o menosprecio”. Recientemente, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de marzo de 2016¹³ de nuevo en esta línea del doble aspecto del derecho al honor señala que “de los varios conceptos que se han dado del honor, uno de los que más ha insistido la jurisprudencia proviene de la doctrina italiana: dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona; concepto del que derivan los elementos de inmanencia o carácter interno y trascendencia o carácter externo, lo que coincide a modo de tipicidad, en lo previsto en el art. 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo”.

Ahora bien, el derecho al honor no es un derecho absoluto, en cuanto que puede ser limitado por los derechos a informar y expresarse libremente y viceversa, siendo necesario una ponderación en cada caso para determinar la prevalencia de uno u otro¹⁴. Por ponderación se entiende, tras la constatación de la existencia de una

¹¹ RTC 1992, 223. Vid., también la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de febrero de 2001 (RTC 2001, 49).

¹² RJ 2009/419.

¹³ Id Cendoj: 28079110016100176.

¹⁴ La sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 1 de Mocada, de 30 de diciembre de 2015 (juicio ordinario 896, 13) ha condenado a un médico a reparar en su estado de Whatsapp el honor de su antiguo socio, después de que hubiera mantenido en este espacio la frase “No te fíes de Javier G.” –nombre ficticio- desde el 23 de mayo hasta el 17 de septiembre de 2013. Se condena al acusado a indemnizar con 2.000 euros por daños morales al perjudicado, al entender que alojó durante meses en un espacio de “acceso público” una “mera descalificación, que afectó negativamente a la reputación del afectado, la cual es esencialmente importante en el espacio de su profesión médica y en el ámbito de la industria de servicios de sanidad”; y también se le condena a difundir durante dos meses en el estado de la cuenta que tiene en esta aplicación la expresión: “Mediante sentencia de fecha 30 de diciembre de 2015 J.M. fue condenado por intromisión ilegítima en el honor de Javier G.”. se entiende en esta resolución que, prevaleció una intención de “desprestigio personal” al afectado cuando publicó que no era digno de confianza. El estado de una cuenta de Whatsapp no es el lugar apropiado para incorporar una frase de este tipo, ya que es un espacio previsto en la aplicación para incorporar información del titular de la cuenta. Asimismo, se considera probado que los hechos se produjeron en un contexto de “desavenencias personales y

colisión entre derechos, el examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de ellos resulta afectado con el fin de elaborar una regla que permite, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso mediante su subsunción en ella¹⁵.

empresariales” entre los litigantes, que acabaron en diversas acciones judiciales entre ellos. Al respecto, la sentencia invoca la doctrina del Tribunal Constitucional para recordar que el honor “no tiene un carácter absoluto” al estar limitado por las libertades de información y expresión, lo cual “comprende la crítica de la conducta de otro, aunque puede molestar, inquietar o disgustar contra quien se dirige”. En este sentido, no se trata de un periodista que informa u opina sobre cuestiones de interés general, ni tampoco nos encontramos ante una controversia de relevancia colectiva, a lo que debe añadirse que las actividades profesionales del actor no son de interés público. Por otro lado, tampoco podemos considerar que la expresión “No te fíes de F.S.O.”, vertida en un espacio público, consista en una información (que podría quedar justificada por el derecho a la información), ni tampoco en una crítica (que podría estar amparada por la libertad de expresión). Además, argumenta la resolución que, en el ámbito que afecta a personas en contextos que no tienen relevancia pública, prevalece la libertad de información sobre el derecho al honor cuando lo que se cuenta es veraz y la difusión resulta proporcionada. De todas formas, el juez no accede a la petición del demandante de ser indemnizado con 10.000 euros porque la frase no incluyó un contenido “ofensivo de especial gravedad” y únicamente pudieron leerla quienes disponían del número de teléfono móvil del condenado, teniendo en cuenta que podía haber entre ellos contractos comunes de ambos profesionales. Esta sentencia ha adquirido firmeza en el mes de abril de 2016 al no recurrir ninguna de las partes.

¹⁵ Las directrices fijadas por el Tribunal Constitucional para resolver en casos de conflicto son, en síntesis, tal y como lo recoge la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 5 de junio de 1996 (RJ 1006, 4819), las siguientes: “1º. Para establece la delimitación de tales derechos es preciso examinar caso por caso, sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos; 2º. Para hacer la valoración debe tenerse en cuenta la posición preferente, no jerárquica, que sobre los derechos de la personalidad contenidos en el artículo 18 de la Constitución ostenta el derecho a la libertad de información del artículo 20.1 d) en función de su doble carácter de libertad individual y de garantía institucional de una opinión pública, libre e indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático, siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que sean de interés público, pues, solo entonces puede “exigirse a aquéllos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soportan en aras precisamente del conocimiento general y difusión de los hechos y situaciones que interesen a la comunidad”; 3º. Lo único que puede justificar que deba un sujeto soportar las molestias ocasionadas por la difusión de determinada noticia, es la información comprobada desde el punto de vista de la profesionalidad informativa (SSTS de 23 de marzo y 26 de junio de 1987 (RJ 1987, 1716) y (RJ 1987, 4824); SSTC de 12 de noviembre de 1990 (RTC 1990, 171); y, de 4 de octubre de 1993 (RTC 1993, 286)”. Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de marzo de 2001 (RJ 2001, 2730); de 31 de julio de 2002 (RJ 2002, 8552); de 24 de octubre de 2003 (RJ 2003, 7521); de 12 de noviembre de 2008 (RJ 2009, 4); de 5 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1365); de 6 de julio de 2009 (RJ 2009, 4455); de 8 de enero de 2013 (RJ 2014, 874); de 10 de julio de 2014 (RJ 2014, 4412); de 26 de febrero de 2015 (RJ 2015, 955); de 30 de marzo de 2015 (RJ 2015, 2355); de 13 de mayo de 2015 (RJ 2015, 4274); de 18 de mayo de 2015 (RJ 2015, 2248); y, de 16 de marzo de 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100176) dispone que: “El derecho al honor, cuando el concepto de honor trasciende al derecho, no es un derecho absoluto sino que debe ponderarse con la libertad de expresión y el derecho a la información veraz que proclaman, uno y otro, el artículo 20 de la Constitución Española. Ponderación que implica que para que ésta prevalezca y no se produzca la intromisión en el derecho al honor, concurren los presupuestos de veracidad e interés público, que se atenúan (no desaparecen) cuando el afectado es un personaje de proyección pública y, de este modo, se pueda atender a la opinión pública y al interés social. Asimismo, vid., la

En este contexto, en relación con la libertad de información hay que, señalar que, además del interés público de la información de la persona pública o no, hay que referirse a la veracidad de la información que, no va dirigida tanto a la exigencia de una rigurosa y total exactitud, cuanto a negar la garantía o protección constitucional a quienes defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable¹⁶. En todo caso, el concepto de veracidad no coincide con el de verdad o total exactitud de lo publicado, sino que requiere un deber de diligencia del informador a quien se puede y debe exigir que, lo que se transmite como hechos, hayan sido objeto de previo contraste con datos objetivos¹⁷. Ahora bien, como ha señalado la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de julio de 2014¹⁸ la veracidad de la información se matiza en los supuestos de reportaje neutral. La doctrina del reportaje neutral encuentra su base en la doctrina jurisprudencial norteamericana de *neutral report doctrine* –iniciada en el caso *New York Times contra Sullivan*- que parte de la base de estimar que si un artículo periodístico recoge unos datos u opiniones sin expresar o hacer valoración alguna, el derecho a la información no puede verse limitada con base en una supuesta infracción al honor. Y así se proclama en las sentencias de Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de diciembre de 1986 y de 8 de julio de 1986 casos *Handyside vs. Reino Unido* y *Lingns v. Austria* respectivamente. El Tribunal Constitucional en su sentencia número 53/2006, de 27 de febrero –Fundamento Jurídico 8º que, por su parte, remite a las sentencias de este mismo Tribunal 54/2004, FJ 7º y 76/2002, FJ4º- ha declarado que para que pueda hablarse de reportaje neutral han de concurrir los siguientes requisitos: 1. El objeto de la noticia ha de hallarse

sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 25ª, de 11 de marzo de 2015 (AC 2015, 450).

En cualquier caso, es doctrina comúnmente admitida que de la protección constitucional que otorga el artículo 20 de la Constitución Española a la libertad de expresión están excluidas las actuaciones absolutamente vejatorias, es decir, las que en las circunstancias del caso y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas, resultando impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate (SSTC de 8 de junio de 1988 (RTC 1988, 107); de 12 de enero de 1998 (RTC 1998, 1); de 14 de septiembre de 1999 (RTC 1999, 154); y, 25 de octubre de 1999 (RTC 1999, 192), por cuanto en definitiva el derecho a la libertad de expresión debe ejercitarse sin que en caso alguno se contengan alusiones que pudieran ser vejatorias o injuriosas para nadie (SSTS de 5 de octubre de 1992 (RJ 1992, 7526); de 12 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9603); de 14 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2178); y, de 18 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 210)).

¹⁶ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de julio de 2015 (RJ 2015, 2559); y, de 5 de mayo de 2015 (RJ 2015, 2041)

¹⁷ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de marzo de 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100176) señala al respecto que: “(...desde siempre no se ha exigido una absoluta y total veracidad. Basta con el canon de la veracidad esencial de la información, sin alcanzar a detalles o elementos accesorios, lo que ratifica la sentencia de 30 de julio de 2014 que dice: “la regla constitucional de la veracidad de la información no va dirigida tanto a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en la información...””.

¹⁸ RJ 2014/5296. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, sala de lo Civil, de 23 de marzo de 2015 (RJ 2015, 1820); y de 7 de julio de 2015 (RJ 2015, 2663).

constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser por sí mismos, esto es, como tales declaraciones, noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas (SSTC 41/1994, FJ 4º y 52/1996, FJ 5º). De modo que, se excluye el reportaje neutral cuando no se determina quien hizo tales declaraciones (STC 1990/1996, FJ 4º b)); 2. El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia –STC 41/1994, FJ 4º). De modo que, si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral (STC 144/1998, de 30 de junio FJ 5º). En el cumplimiento de ambos requisitos, la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de dichas declaraciones y a la fidelidad a su contenido: en estos casos, el medio ha de quedar exonerado de responsabilidad¹⁹. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de febrero de 2009 ha señalado, además, que, “el reportaje neutral o información neutral exige la ausencia de indicios racionales de falsedad evidente de lo transcrito, a fin de evitar que el reportaje neutro sirva indebidamente a la divulgación de simples rumores o insidias. Resultaría absurdo que, con el pretexto de tratarse de un “reportaje neutral” se pudiera difundir –reproduciéndola- una información sobre la que existe constancia de que supone una intromisión ilegítima en el ámbito de protección de un derecho fundamental”²⁰.

¹⁹ RTC 2006, 53.

²⁰ RJ 2009, 1501. En esta línea, vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, de 7 de julio de 2015 (RJ 2015, 2663).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de marzo de 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100171) señala, al respecto, que: (...) La resolución impugnada ha realizado el juicio de ponderación que se impone cuando se cuestiona si la libertad de expresión y de información compromete el derecho al honor protegido por el artículo 18.1 de la Constitución Española, y lo ha hecho de forma correcta. En primer lugar, la base fáctica establecida en la sentencia se centra en las expresiones vertidas acerca del actor en el programa de investigación emitido por la cadena de televisión propiedad de la demandada, que fue grabado mediante la técnica de la cámara oculta, en el ámbito de los denominados programas de investigación, y que se concreta en las siguientes: “cacique, trapicheo, sheriff, deshonestidad”; expresiones que son consecuencia de lo manifestado por el mismo, en la conversación mantenida con él, en la que se califica de “el jefe” y “el que manda” con independencia de quien sea el Alcalde. Resulta evidente que la Constitución no veda, en cualesquiera circunstancias, el uso de expresiones hirientes, molestas o desabridas, pero de la protección constitucional que otorga el artículo 20.1 a) CE están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, aquellas que, dadas las concretas circunstancias del caso que no desde la literalidad de las palabras ni en relación con el contenido propio de estas y de las demás expresiones alegadas ninguna puede calificarse de insultante, vejatoria, o injuriosa en sí misma, con relación a las ideas expuestas a partir de la propia definición personal del interesado, como señala el Ministerio Fiscal en su informe. En segundo lugar, lo narrado en el reportaje, en aquellos otros aspectos en que pudieran ser atentatorios al derecho al honor del demandante, no son rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones sin una comprobación previa de su realidad, sino fruto de una información contratada y diligente, como es el caso del supuesto tráfico de animales exóticos, que el actor vende o vendía, aunque niegue el calificativo de exóticos (canarios); de la tarjeta para el repostaje de determinados coches, aunque se tratar de hechos ocurridos hace tres años y que fueron objeto de sanción administrativa; de la ropa falsificada, en el

Respecto a la libertad de expresión, esto es, a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante palabra, escrito o cualquier otro modo de reproducción tienen como límite el insulto, las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y desconectadas del mensaje privado o político que se quiere transmitir e innecesarias para transmitirlo; si bien, es posible la sana crítica máxime cuando se trata de una persona pública²¹.

En cuanto al derecho a la intimidad aparece como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la personalidad, como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 231/1988, de 2 de diciembre, y derivado de la dignidad de la persona, reconocida en el artículo 10 de la Constitución Española, frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o simples particulares, de suerte que atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar, frente a la divulgación del mismo por terceros y a la publicidad no querida, evitando así las intromisiones arbitrarias en la vida privada, censuradas por el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos²². Tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida. Es como señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS “el derecho a colocar la esfera reservada de la persona lejos de los ojos y de los oídos indiscretos y, al mismo tiempo, el derecho a impedir la divulgación, los hechos, vicisitudes que pertenezcan a ella”²³. O’CALLAGHAN lo define, siguiendo a ALBALADEJO como “el poder concedido a la persona siguiendo sobre el conjunto de actividades que forman su círculo más íntimo, personal y familiar, poder que le permite excluir a los extraños de entrometerse en él y de darle una publicidad que no desee el interesado”²⁴. En

que el sr. Amador se había identificado como Jefe de Policía ofreciéndose a facilitar dicha ropa y la persona que lo vende. Y de ventas de puntos del carnet de conducir, que no niega (“de causa antigua” y sin “ninguna relación con su actividad profesional”). En este contexto, añade que “la ponderación efectuada es absolutamente correcta pues, aunque el reportaje afectara a la reputación del demandante, su contenido no era impertinente ni innecesario para la exposición de una crítica plenamente tolerable frente a quien, como encargado de aplicar la ley, estaba obligado a un comportamiento social y éticamente fuera de toda duda o sospecha, con independencia de la mayor o menor gravedad de la infracción denunciada y que, además, resultó socialmente útil vista la reacción inmediata del Ayuntamiento de Valdemorillo y la consiguiente pérdida de la jefatura de la policía local”.

²¹ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 2014 (RJ 2014, 799); de 15 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 4672); de 10 de octubre de 2014 (RJ 2014, 5149); de 26 de febrero de 2015 (RJ 2015, 955); de 13 de mayo de 2015 (RJ 2015, 4274); y, de 5 de noviembre de 2015 (RJ 2015, 4790).

²² RTC 1988, 231. Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 1991 (RTC 1991, 197); y de 10 de mayo de 2000 (RTC 2000/115). En esta línea, GARCÍA GARNICA, M^a del C.: *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2004, p. 177.

²³ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, op. cit., p. 341.

²⁴ O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil*, op. cit., p. 186. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 26 de septiembre de 2008 (RJ 2008, 5580) define el derecho a la

todo caso, este derecho sugiere, en principio, el reconocimiento al individuo de una esfera de vida personal exclusiva y excluyente, de una zona de actividad que le es propia, y de la que puede prohibir el acceso a otros. Para el Tribunal Constitucional el derecho a la intimidad “implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”²⁵. Esta descripción contempla el aspecto negativo y más tradicional del derecho a la intimidad, consistente en la facultad de excluir cuanto atañe a la propia persona de la acción y conocimientos ajenos. Junto a él se habla más modernamente de un aspecto positivo, que consiste en “el control por su titular de los datos e información relativos a la propia persona”²⁶. La presencia de este aspecto positivo es, precisamente, la que permite a su titular una cierta capacidad de disposición en relación con su intimidad²⁷.

En este contexto, conviene precisar que, tanto la Ley Orgánica 1/1982, como el art. 18 de la Constitución Española se refieren no sólo a la intimidad personal, sino también a la familiar por la especial proximidad que, media entre los componentes del grupo familiar²⁸.

intimidad como “la existencia de un ámbito propio y reservado de la vida frente a la acción y el conocimiento de los demás referido preferentemente a la esfera estrictamente personal de la vida o de lo íntimo, imponiendo a los terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en esa esfera y la prohibición de hacer uso de lo conocido, salvo justificación legal o consentimiento del afectado”. En esta línea, vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 13 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 6968); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 19ª, de 19 de mayo de 2008 (AC 2008, 1137) que lo configura como “derecho a la privacidad de un conjunto de actividades que vienen así a configurar o delimitar un ámbito estrictamente personal, y que debe quedar vedado a la publicidad y divulgación al carecer de interés el mismo respecto de terceros”.

²⁵ La sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 1988 (RTC 1988, 231). En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 3 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 268).

²⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al.*: *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 92.

²⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “Los derechos de la personalidad”, *op. cit.*, p. 563.

²⁸ A este respecto, la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 1988 (RTC 1988, 231) ha señalado también que “el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y persona, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarda una especial y estrecha vinculación, como es el familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 de la Constitución Española protegen (...). No cabe duda que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad, por lo que existe al respecto un derecho –propio y no ajeno– a la intimidad constitucionalmente protegido”. Igualmente, la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 1991 (RTC 1991, 197) ha establecido que lo que afecta a la intimidad personal de los hijos, afecta a la intimidad familiar de los padres.

Ahora bien, como sucede con el derecho al honor, este derecho se debe poner en relación con otros derechos con los que puede tener cierta tensión, al igual que el derecho al honor y la propia imagen, como son los consagrados en el art. 20 de la Constitución Española como la libertad de expresión y derecho a la información; de ahí que, la limitación del derecho a la intimidad personal y familiar por la libertad de expresión o de información tiene lugar cuando se produce un conflicto entre tales derechos, el cual debe ser resuelto mediante las técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, tal como hemos manifestado en líneas precedentes²⁹.

Sobre tales bases, cuando la actividad informativa se quiere ejercer sobre ámbitos que pueden afectar a otros bienes constitucionales, como la intimidad, es preciso, para que su proyección sea legítima, que lo informado resulte de interés público, pues sólo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten, en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesan a la comunidad (sentencias del Tribunal Constitucional núm. 171/1990, de 12 de noviembre³⁰; núm. 20/1992, de 14 de febrero³¹; y núm. 121/2002, de 20 de mayo³²). La sentencia del Tribunal Constitucional núm. 62/1982, de 15 de octubre³³ ha resaltado el valor de la protección de la infancia como uno de los límites constitucionales expresamente establecidos para el ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 20, al manifestar que, “el legislador puede fijar restricciones... dentro de la cual se comprende muy señaladamente -hasta el punto de que la Constitución alude expresamente a ello- la protección de la juventud y de la infancia”.

En este mismo sentido, declara el citado Tribunal Constitucional que, el legítimo interés de los menores a que no se divulguen datos relativos a su vida personal o familiar, viene a erigirse en “límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz” (sentencias del Tribunal Constitucional núm. 134/1999, de 24 de mayo; y, núm. 127/2003, de 30 de junio)³⁴.

El principio del interés del menor como límite infranqueable tanto a la libertad de expresión como al derecho fundamental a comunicar libremente información veraz

²⁹ Vid., sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, del Pleno, de 6 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8268); de 16 de enero de 2009 (RJ 2009, 419); de 15 de enero de 2009 (RJ 2009, 1354); de 23 de enero de 2012 (RJ 2012, 3652); de 8 de enero de 2013 (RJ 2014, 874); de 17 de enero de 2014 (RJ 2014, 993); de 10 de julio de 2014 (RJ 2014, 4412); y, de 23 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 5045).

³⁰ RTC 1990, 171.

³¹ RTC 1992, 20.

³² RTC 2002, 121.

³³ RTC 1982, 62.

³⁴ RTC 1999, 134; y RTC 2003, 127.

es asumido por el Tribunal Supremo “incluso, aunque la noticia merezca el calificativo de información neutral” (sentencia del Tribunal Supremo núm. 704/2004, de 30 de junio)³⁵. En la ponderación a realizar necesariamente debe tenerse presente un interés más: el superior interés del menor, que además y conforme al art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996 –modificado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio- debe primar sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. En este sentido, se han considerado antijurídicas informaciones que, aun referidas a hechos noticiosos, incluyen la identidad del menor, conteniendo la noticia aspectos negativos para el mismo³⁶.

Para armonizar el derecho a informar y los derechos del menor habrá de partirse de que estará justificada la difusión de información veraz y de interés público, aunque afecte a un menor, siempre que no sea contraria a sus intereses. También estará justificada la difusión de información veraz y de interés público pese a que afecte a un menor y aunque sea contraria a sus intereses, siempre que se empleen los medios precisos para garantizar su anonimato³⁷. Es admisible ilustrar la noticia con imágenes, siempre que, se utilicen medios técnicos que, distorsionen los rasgos faciales. El derecho a la información puede preservarse con la adopción de las cautelas que, en cada caso dicten las circunstancias, tales como no incluir el nombre ni la imagen del menor, o distorsionar el rostro de modo que sea imposible su identificación, o no aportar datos periféricos que puedan llevar a su identificación.

Siguiendo estas pautas se ha considerado ajustada a derecho la información sobre menores veraz y de interés público cuando se adoptan cautelas tales como aplicar una franja negra cubriendo los ojos en las imágenes publicadas identificándolos sólo por las iniciales³⁸.

Relacionado con el derecho a la intimidad, está la protección de datos personales y su relación con el derecho al olvido. El 13 de mayo de 2014 se publicó la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) –asunto C-131/12-³⁹, dando respuesta en sentido distinto a las conclusiones previas por el Abogado General, a una serie de cuestiones prejudiciales remitidas por la Audiencia Nacional

³⁵ RJ 2004, 4286.

³⁶ La sentencia del Tribunal Supremo núm. 631/2004, de 28 de junio (RJ 2004, 4279); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 7ª, núm. 96/2003, de 13 de febrero (JUR 2003, 186572).

³⁷ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de julio de 2014 (RJ 2014, 3553) se identifica por el nombre y el primer apellido a uno de sus hijos, al que se muestra en la pantalla como un menor y se le atribuyen de manera innecesaria conductas que objetivamente son denigratorias e intromisivas de la intimidad del menor.

³⁸ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona sec. 16ª, de 1 junio 1999 (AC 1999, 1506); de la Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 6ª, núm. 99/2004, de 23 de febrero (JUR 2004, 105596); y de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 13ª, núm. 83/2003, de 14 de noviembre (AC 2004, 1165).

española en un contencioso que enfrentó a la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD) y a Google Inc., y su filial española en torno al controvertido “derecho al olvido” en Internet. Si bien, han sido muchos los casos de “derecho al olvido” a los que se había enfrentado la AEPD frente a Google y otros buscadores, así como frente a las webs de origen. Las cuestiones prejudiciales se prepararon en el marco de un recurso que tiene unas características singulares, por cuanto la información de origen versaba sobre un embargo de 1998 que se publicó en un periódico español por obligación legal (y no en el ejercicio de la libertad de expresión). Google Inc. (responsable del motor de búsqueda) y su filial española, solicitaron la nulidad de una resolución de la AEPD que les requirió de la desindexación (esto es, que no apareciera como resultado de una búsqueda) de esta información y ello aun cuando se había desestimado previamente la reclamación del afectado contra el periódico para que eliminará de su web esa información. En esta resolución se reconoce el “derecho al olvido” como expresión concreta en Internet del derecho de cancelación y del derecho de oposición reconocidos por la Directiva 95/46/CE. En cualquier caso, contamos con criterios de ponderación de la libertad de expresión y de información respecto de los derechos a la intimidad (no tanto del derecho de protección de datos) en el mundo *off line* y también en Internet, tanto respecto de personajes públicos como de personas anónimas. De ahí que, la resolución en esa exigencia de ponderación concreta que, el derecho a la protección de datos prevalecerá con carácter general sobre el interés económico del buscador o cualquier tercero, salvo que la información sea de interés o relevancia pública que permita justificar su difusión. Ahora bien, eliminar los datos de un buscador –que se busque por su nombre y apellidos- no supone la eliminación de los documentos, archivos o hemerotecas digitales de donde proviene la información, que se mantendrán inalterados salvo que se solicite expresamente a ellos la retirada de los contenidos. Tradicionalmente, las solicitudes para eliminar de información personal han sido dirigidas a los editores de la información, que podrán estimar o no las reclamaciones. Esta sentencia articula la posibilidad de hacerlo también frente al motor de búsqueda que son los responsables de la difusión y accesibilidad de la información publicada por los diferentes portales. Recientemente, la sentencia del Tribunal Supremo, Pleno de 5 de abril de 2016⁴⁰ desestima la alegación de Google

³⁹ TJCE 2014, 85.

⁴⁰ RJ 2016, 1006. Resuelve el tratamiento en el año 2010 de los datos personales del demandante con relación al indulto que le fue concedido en 1999 por un delito cometido en 1981, en un motor de búsqueda en Internet como es Google, una vez que el afectado requirió la cancelación de dicho tratamiento, debe considerarse ilícito por inadecuado y desproporcionado a la finalidad del tratamiento de los datos, a causa del plazo transcurrido desde que sucedieron los hechos. Se reconoce legitimación pasiva a la filial española de Google Inc., esto es, Google Spain.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de octubre de 2015 (RJ 2015, 4417) señala con respecto al tratamiento de datos que realiza el editor de una página web que, el derecho al olvido digital no supone una censura retrospectiva de las informaciones publicadas correctamente en su día, ampara que el afectado, cuando no tenga la consideración de personaje público, pueda oponerse a un tratamiento de sus datos personales que permita que una simple

consulta en un buscador generalista de Internet, utilizando como palabras claves sus datos personales tales como el nombre y apellidos, haga permanentemente presentes y de conocimiento general informaciones gravemente dañosas para su honor o su intimidad sobre hechos ocurridos mucho tiempo atrás, de modo que se distorsione gravemente la percepción que los demás ciudadanos tengan de su persona. Esto provoca un daño desproporcionado a personas sin relevancia pública que carece de interés histórico que, no resulta amparado por el ejercicio de la libertad de información que, supone la hemeroteca digital del medio de comunicación demandado. La consecuencia de tal vulneración es que, si bien no cabe modificar la información tal y como aparece en la hemeroteca y excluir el tratamiento de datos en el buscador interno de la web de dicho medio, sí procede la adopción de medidas tecnológicas para que la página web no pueda ser indexada por los proveedores de servicios de Internet.

Con anterioridad, la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1ª, de 29 de diciembre de 2014 (RJCA 2014, 1065) se refiere a una resolución sancionadora a motor de búsqueda (Google) por tratamiento de datos sin consentimiento de titular y el ejercicio del derecho de oposición por parte de éste.

En el Reglamento General de Protección de Datos del Parlamento Europeo y del Consejo aprobado el 14 de abril de 2016 se refiere al derecho al olvido y a la rectificación o supresión de los datos personales en el artículo 17, y sobre todo cuando se han proporcionado siendo niño. Así dispone que: “1. El interesado tendrá derecho a que el responsable del tratamiento suprima los datos personales que le conciernen y se abstenga de darles más difusión, especialmente en lo que respecta a los datos personales proporcionados por el interesado siendo niño, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) Los datos ya no son necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados; b) El interesado retira el consentimiento en que se basa el tratamiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 apartado 1 letra a) o ha expirado el plazo de conservación autorizado, y no existe otro fundamento jurídico para el tratamiento de los datos; c) El interesado se opone al tratamiento de los datos personales con arreglo a lo dispuesto en el artículo 19; y, d) El tratamiento de datos no es conforme con el presente Reglamento por otros motivos (...) 3. El responsable del tratamiento procederá a la supresión sin demora, salvo en la medida en que la conservación de los datos personales sea necesaria: a) Para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80; b) Por motivos de interés público en el ámbito de la salud pública de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81; c) Con fines de investigación histórica, estadística y científica de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83; d) Para el cumplimiento de una obligación legal de conservar los datos personales impuesta por el Derecho de la Unión o por la legislación de un Estado miembro a la que esté sujeto el responsable del tratamiento; las legislaciones de los Estados miembros deberán perseguir un objetivo de interés público, respetar la esencia del derecho a la protección de datos personales y ser proporcionales a la finalidad legítima perseguida; e) En los casos contemplado en el apartado 4. 4. En lugar de proceder a la supresión, el responsable del tratamiento limitará el tratamiento de datos personales cuando: a) El interesado impugne su exactitud durante el plazo que permita al responsable del tratamiento verificar la exactitud de los datos; b) El responsable del tratamiento ya no necesite los datos personales para la realización de su misión, pero estos deban conservarse a efectos probatorios; c) El tratamiento sea ilícito y el interesado se oponga a su supresión y solicite en su lugar la limitación de su uso; d) El interesado solicite la transmisión de datos personales a otro sistema de tratamiento automatizado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 apartado 2”. De forma que, se considera que toda persona tiene derecho a que se rectifiquen los datos personales que le conciernen y “derecho al olvido”, cuando la conservación de tales datos no se ajuste a lo dispuesto en el Reglamento. En particular, a los interesados les debe asistir el derecho a que se supriman y no se traten sus datos personales, en caso de que ya no sean necesarios para los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo; que los interesados hayan retirado su consentimiento para el tratamiento; que se opongan al tratamiento de datos personales que les conciernan o que el tratamiento de sus datos personales no se ajuste de otro modo a lo dispuesto en el Reglamento. Este derecho es particularmente pertinente si los interesados hubieran dado su consentimiento siendo niños, cuando no se es plenamente consciente de los riesgos que implica el

Spain de considerar a la sociedad matriz Google Inc., única responsable del tratamiento de los datos y considera que la filial española puede ser demandada en un proceso civil de protección de los derechos fundamentales, pues, tiene a estos efectos, la consideración de responsable en España del tratamiento de datos realizado por el buscador Google. Para ello, parte de la finalidad de la Directiva europea de protección de datos de garantizar una tutela eficaz y completa de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas y aplica la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como máximo intérprete del Derecho de la Unión. Recuerda que, la sentencia del Tribunal de Justicia citada de 13 de mayo de 2014 consideró que Google Spain podría ser considerada como responsable del tratamiento de datos, entendido este concepto en sentido amplio por responder al objetivo de protección eficaz y completa de los derechos fundamentales afectados. Asimismo, la Sala de este Alto Tribunal considera que, la solución contraria supondría en la práctica un serio obstáculo para la efectividad de los derechos fundamentales, pues, el afectado se vería obligado a litigar contra la sociedad matriz, Google Inc., sociedad de nacionalidad norteamericana con domicilio social en California, con los elevados gastos y dilaciones que ello trae consigo. Sobre el fondo del litigio, la Sala realiza una ponderación entre el ejercicio de la libertad de información, consistente en que los datos sobre la concesión de indultos puedan encontrarse a través de un buscador como Google y el respeto a los derechos al honor y a la intimidad cuando la información versa sobre el indulto por un delito que afecta negativamente a la reputación del afectado. En esta ponderación, considera que hay un interés público en que la sociedad pueda estar adecuadamente informada sobre los indultos otorgados por el Gobierno, la identidad de los afectados y los delitos que han cometido. Este interés público justifica el tratamiento inicial de los datos que supone indexar las páginas web donde tales indultos son publicados y mostrarlos en la página de resultados de un buscador generalista de Internet. Pero una vez transcurrido un plazo razonable, el tratamiento de los datos consistente en que cada vez que se realiza una consulta en un motor de búsqueda generalista, utilizando el

tratamiento, y más tarde quisieran suprimir tales datos personales especialmente en Internet. Sin embargo, la posterior conservación de los datos debe autorizarse cuando sea necesario para fines de investigación histórica, estadística y científica, por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, cuando la legislación lo exija, o en caso de que existan motivos para restringir el tratamiento de los datos en vez de proceder a su supresión. Además, con el fin de reforzar el “derecho al olvido” en el entorno en línea, el derecho de supresión también debe ampliarse de tal forma que los responsables del tratamiento que hayan hecho públicos los datos personales deben estar obligados a informar a los terceros que estén tratando tales datos de que un interesado les solicita que supriman todo enlace a tales datos personales o las copias o réplicas de los mismos. Para garantizar esta información, el responsable del tratamiento debe tomar todas las medidas razonables, incluidas las de carácter técnico, en relación con los datos cuya publicación sea de su competencia. En relación con la publicación de datos personales por un tercero, el responsable del tratamiento debe ser considerado responsable de la publicación, en caso de que haya autorizado dicha publicación por parte de dicho tercero.

nombre y apellidos de una persona, aparezca entre los primeros resultados el enlace a la página web donde se publica el indulto, deja de ser lícito porque es inadecuado para la finalidad con la que se hizo el tratamiento. El daño provocado a los derechos al honor y a la intimidad del afectado resulta desproporcionado en relación al interés público que ampara el tratamiento de esos datos, cuando no es una persona de relevancia pública, ni los hechos presentan un interés histórico, por la afectación que sobre la vida privada tiene la interconexión de la información que realizan los motores de búsqueda y por el efecto multiplicador de la injerencia propio de la ubicuidad de los contenidos en la red⁴¹.

Por otra parte, en su configuración autónoma respecto de los derechos al honor y la intimidad⁴², el derecho a la propia imagen para O'CALLAGHAN es "la representación gráfica de la figura humana visible y reconocible"⁴³; mientras que, para DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS consiste, en última esencial "en el poder de

⁴¹ Por el contrario, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1ª, de 15 de marzo de 2016 (JUR 2016, 60545) consideró legitimado a Google Inc., y no a Google Spain. Al respecto, señala que "... En este caso, en relación con una actividad sujeta a una amplia regulación normativa específica, como es el tratamiento de datos personales, el procedimiento administrativo tiene por objeto la tutela de derechos del interesado, titular de los datos personales tratados, a través de la Agencia Española de Protección de Datos, como autoridad de control –sujeta en su actuación, según dispone el artículo 35 de la LOPD, a las previsiones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre-, demandando el cumplimiento de las obligaciones que al respecto se imponen al responsable del tratamiento, que, como se ha expuesto ampliamente en el sexto fundamento de derecho, aparece como obligado y en consecuencia, legitimado pasivamente, responsable que como también se ha explicado a lo largo de esta sentencia es Google Inc., y no Google Spain, a pesar de lo cual, la AEPD en la resolución impugnada, estimando la reclamación del interesado, concluye declarando que la actuación de Google Spain, S.L., no resulta acorde a la normativa aplicable y que debió proceder a la exclusión de las informaciones relativas a la recurrente e impedir su captación por el buscador, efectuando así un procedimiento respecto de una entidad que carece de legitimación pasiva en el procedimiento y frente a la cual no tenía habilitación legal para ejercitar las facultades de control ni, en consecuencia, seguir procedimiento eficaz al respecto, lo que determina la nulidad de pleno derecho de la resolución impugnada. La apreciación de este vicio de la resolución impugnada no puede eludirse por la simple referencia a la condición de Google Spain, S.L, de representante de la compañía estadounidense, pues, en primer lugar, no se acredita en forma alguna la realidad de la misma, ni con carácter general ni específica para este procedimiento, habiéndose negado tal condición por la recurrente, y, en segundo lugar, y fundamental, la intervención de un representante no altera la titularidad del derecho o condición de obligado, ni traslada la responsabilidad del representado al representante. De manera que, aun en el supuesto de actuación por representante, que no es el caso, subsiste la condición de responsable del tratamiento y su legitimación pasiva, por lo que el procedimiento y la declaración del obligado al cumplimiento y realización del derecho a la tutela que, se demanda por el reclamante ha de dirigirse frente al responsable del tratamiento controvertido en este caso es Google Inc. Por todo ello procede estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la entidad mercantil Google Spain, S.L, contra a resolución de 13 de diciembre de 2011 dictada por el Director de la AEPD que, se declara nula de pleno derecho por ser contraria al ordenamiento jurídico en los términos que se contienen y razonan en esta sentencia".

⁴² Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 22 de julio de 2008 (RJ 2008, 4495).

⁴³ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 186.

decidir, consentir o impedir la reproducción de la imagen de nuestra persona por cualquier medio (fotografía, grabado, dibujo, etc.), así como su exposición o divulgación sin el consentimiento del interesado”⁴⁴. Las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de abril de 1987⁴⁵, seguida por las de 29 de marzo y 9 de mayo de 1988⁴⁶, de 9 de febrero de 1989⁴⁷, de 19 de octubre de 1992⁴⁸, y de 3 de octubre de 1996⁴⁹ define la imagen “como la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa, entendiéndose por aquélla 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”. En esta línea, se configura en el seno de la doctrina del Tribunal Constitucional como “un derecho de la personalidad que, como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona. Es por ello que, atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos, que le hagan reconocible y que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por un tercero no autorizado” (sentencias del Tribunal Constitucional, Sala Segunda 117/1994, de 25 de abril; y, 158/2009, de 29 de junio)⁵⁰.

En este contexto, el derecho a la imagen, como derecho a reproducir y publicar la propia imagen y de impedir a tercero no autorizado a obtenerla, reproducirla y publicarla, tiene un contenido positivo de disponibilidad de la propia imagen; de forma que, otorga al propio sujeto la facultad de decidir acerca de la reproducción y divulgación de su imagen, lo que incluye la posibilidad de comerciar con ella; y un contenido negativo de la exclusión de los demás, consistente en la facultad de

⁴⁴ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 341.

⁴⁵ RJ 1987, 2703.

⁴⁶ RJ 1988, 2480; y RJ 1988, 4049.

⁴⁷ RJ 1989, 822.

⁴⁸ RJ 1992, 8079.

⁴⁹ RJ 1996, 7012. Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 1998 (RJ 1998, 358); de 18 de julio de 1998 (RJ 1998, 6278); de 27 de marzo de 1999 (RJ 1999, 72370); de 24 de abril de 2000 (RJ 2000, 2673); de 9 de julio de 2004 (RJ 2004, 5115); de 13 de julio de 2004 (RJ 2004, 5563); de 13 de julio de 2006 (RJ 2006, 4969); sección 1ª, de 25 de septiembre de 2008 (RJ 2008, 5572); sección 1ª, de 10 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 7702); sección 1ª, de 28 de noviembre de 2008 (RJ 2009, 1352); sección 1ª, de 29 de abril de 2009 (RJ 2009, 3169); y, sección 1ª, de 14 de mayo de 2010 (RJ 2010, 3699). También, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 19ª, de 19 de mayo de 2008 (AC 2008, 1137); y, de la misma Audiencia Provincial, sección 21ª, de 25 de noviembre de 2008 (AC 2009, 113).

⁵⁰ RTC 1994, 117; y, RTC 2009, 158.

impedir que terceras personas obtengan, reproduzcan, o divulguen la imagen de una persona sin su consentimiento⁵¹.

Si bien, sobre todo atendiendo a su aspecto negativo, conceptualmente, el derecho a la propia imagen se encuentra muy próximo al derecho a la intimidad, hasta el punto de que ha sido considerado parte del mismo, y que el Tribunal Constitucional en sentencia de 11 de abril de 1994, ha afirmado que, la imagen de una persona “constituye el primer elemento configurador de su intimidad y la de su esfera personal”⁵². Sin embargo, no cabe duda que tanto en la Constitución Española como en la Ley Orgánica 1/1982 han optado por configurarlo legalmente como un derecho autónomo. De nuevo, el Tribunal Constitucional ha reconocido también que el derecho a la propia imagen es un derecho autónomo, aunque esté estrechamente relacionado con los derechos al honor y la intimidad (sentencias de 26 de marzo y 18 de junio de 2001)⁵³.

Por su parte, este derecho, como cualquier otro, no puede considerarse que sea absoluto, hallándose delimitado su contenido por el de los demás derechos y bienes constitucionales⁵⁴, y la exigencia en la forma ya analizada de un juicio de ponderación en caso de colisión con otros derechos. Así, en determinadas ocasiones puede admitirse la existencia de un interés público en la captación o difusión de la imagen, que llegue a ser calificado de prevalente a fin de evitar que, tales actuaciones puedan ser invocadas por el sujeto afectado⁵⁵.

Ahora bien, cuando estamos ante la imagen de un menor, se refuerza la actuación de los poderes públicos, pues, se impone un especial rigor en la tutela de estos derechos. Así la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 13 de julio de 2006 señala que “el derecho a la propia imagen está protegido constitucionalmente, pero la imagen del menor tiene una consideración legal especialmente protectora”⁵⁶; y, cuando la intromisión tiene lugar a través de un medio de comunicación y afecta a un menor, no se legitima la utilización de la

⁵¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “Los derechos de la personalidad”, *op. cit.*, p. 564. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de marzo de 2003 (RJ 2003, 2596); y, sección 1ª, de 24 de julio de 2008 (RJ 2008, 4628).

⁵² RTC 1994, 99.

⁵³ RTC 2001, 81; y RTC 2001, 139. Asimismo, vid., la sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 2003 (RTC 2003, 14); y, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de noviembre de 1989 (RJ 1989, 7873); de 17 de julio de 1993 (RJ 1993, 6458); de 5 y 19 de julio de 2004 (RJ 2004, 5265 y RJ 2004, 6790); de 22 de febrero de 2006 (RJ 2006, 830); sección 1ª, de 22 de julio de 2008 (RJ 2008, 4495); sección 1ª, de 24 de julio de 2008 (RJ 2008, 4628); sección 1ª, de 13 de noviembre de 2008 (RJ 2009, 407); y, sección 1ª, de 3 de diciembre de 2008 (RJ 2008, 6942).

⁵⁴ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 19 de julio de 2004 (RJ 2004, 5462); de 8 de enero de 2013 (RJ 2014, 874); y, de 17 de enero de 2014 (RJ 2014, 993).

⁵⁵ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección única, de 4 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8014).

⁵⁶ RJ 2006, 4969.

imagen de éste sin recabar los necesarios consentimientos, y mucho menos, del control y, la intervención de la autoridad judicial y, del Ministerio Fiscal en su caso, pues, como dispone la sentencia del citado Alto Tribunal, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 2008, “el ordenamiento jurídico preserva con especial énfasis a los menores de las intromisiones señaladas en la Ley Orgánica 1/1982”⁵⁷. En esta línea, la sentencia del Tribunal Constitucional 158/2009, de 29 de junio establece que en “la captación y difusión de fotografía de niños en medios de comunicación social, es preciso tener en cuenta (...) que, el ordenamiento jurídico establece en estos supuestos una especial protección, en aras de proteger el interés superior del menor”. También se ha señalado que “ni existe un interés público en la captación o difusión de la fotografía que, pueda considerarse constitucionalmente prevalente al interés superior de preservar la captación o difusión de las imágenes de los menores en los medios de comunicación”⁵⁸. En fin, como señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, de 8 de mayo de 2013⁵⁹ el derecho a la propia imagen “garantía un ámbito privativo de la propia personalidad ajena a injerencias externas, impidiendo la obtención, reproducción o publicación por un tercero de un a imagen que contenga los rasgos físicos que permitan reconocer la identidad del menor”.

En todo caso, hemos de recordar que, a través de la imagen, se dañan o pueden llegar a vulnerarse el honor, la fama, la reputación y la intimidad personal y familiar, que se multiplica de forma exponencial en internet por la multitud de usuarios que, pueden acceder a la red y utilizar dicha imagen.

III. LAS INTROMISIONES ILEGÍTIMAS Y LEGÍTIMAS EN LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN.

La relación entre el progresivo avance de la denominada sociedad de la información y el desarrollo dogmático y jurisprudencial de estos derechos no ha hecho sino acentuarse hasta nuestros días. Al hilo de esta evolución, la ley cuando regula estos derechos no hace una enumeración de las facultades que lo integran, sino que se

⁵⁷ RJ 2008, 4614. Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de noviembre de 2015 (RJ 2015, 5276) se trata de un menor grabado sin el consentimiento paterno en un programa de televisión; de este mismo Alto Tribunal, de 25 de noviembre de 2015 (RJ 2015, 5324), hay solo un ligero difuminado de sus ojos que permite perfectamente reconocer su rostro. Las imágenes comprenden escenas de carácter personal, como es la entrada y salida del centro escolar. Asimismo, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 3ª, de 8 de junio de 2014 (AC 2014, 1827) no se ha difuminado la imagen del menor, ni se ha ocultado su rostro.

⁵⁸ RTC 2009, 158.

⁵⁹ RJ 2013, 4947.

limita a tipificar que intromisiones se consideran legítimas en los arts. 2.2 y 8 de la Ley Orgánica 1/1982, y las que se considera ilegítimas, en el art. 7⁶⁰.

Respecto a estas últimas, tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas, en el derecho al honor: 1. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre (art. 7.3): con lo que se vulnera no sólo el derecho al honor, sino también a la intimidad personal y familiar; 2. La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación (número siete del art. 7)⁶¹; y, 3. La utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho económico, o la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos, cuando ello suponga el menoscabo de la dignidad de las víctimas (número ocho del art. 7). De forma que, no es elemento esencial para declarar la intromisión ilegítima del derecho al honor la divulgación, siendo suficiente la mera imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor, en los términos expresados.

Así, se pueden considerar intromisiones ilegítimas para el honor de la persona, el subir a internet imágenes de naturaleza vejatoria o humillante, que vulneren la dignidad de la persona, de conformidad con lo establecido en el art. 10 de la Constitución Española, fotomontajes, igualmente, ofensivos dirigidos a procurar su daño y descrédito y, además que no sean veraces. En todo caso, las lesiones al derecho al honor de los menores resultan especialmente lesivas y perjudiciales cuando informaciones relativas a su persona que, afecten a su dignidad son publicadas en medios de comunicación como internet.

En relación a menores serían manifestaciones, mensajes, dibujos, consideraciones o expresiones divulgadas en redes sociales, foros, blogs, correos electrónicos, móviles, que hacen desmerecer al menor en la consideración ajena y provocan su menosprecio o descrédito frente a los demás; o que contengan insultos, comentarios vejatorios o injurias u opiniones innecesarias para el mensaje final que se quiere dar

⁶⁰ El Tribunal Supremo en sentencias de 28 de octubre y 4 de noviembre de 1986 (RJ 1986, 6015) y (RJ 1986, 6205), y, de 5 de mayo de 1988 (RJ 1988, 3881), entre otras ha venido entendiendo que los supuestos enumerados en el art. 7 de la Ley Orgánica 2/1982 no constituye un *numerus clausus* al señalar que "...la protección a los bienes de la personalidad ha de dispensarse dentro de una intensa relativización correlativa a la índole de los mismos, protección que se manifestará, de una parte, permitiendo extenderla a supuestos distintos de los casos enumerados en el artículo 7 de la ley, que no constituye *numerus clausus*, a la manera de acaecimientos significativos o frecuentes y ejemplificadores de agresiones ilegítimas a la intimidad, destacados del principio general de "*alterum non laedere*". Por otra parte, se manifestarán tratando la personalidad y correlativa o confrontación de la norma con la ocurrencia concreta; ésta, pues, será configurada, caracterizada e individualizada por o a través de esas circunstancias, escogiendo el Juez, al efecto, las más relevantes...". Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 13 de junio de 2002 (JUR 2002, 232154).

⁶¹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9ª, de 21 de julio de 1998 (AC 1998, 1485).

a conocer. Por otra parte, está ineludiblemente conectado con otros derechos fundamentales como la intimidad y la propia imagen, las grabaciones de situaciones comprometidas del menor con la finalidad de denigrarle públicamente mediante la divulgación de imágenes en Youtube, Tuenty, Instagram o Facebook, deben considerarse intromisiones ilegítimas a su derecho al honor.

Con relación al derecho a la intimidad, tienen la consideración de intromisiones ilegítimas que, afectan a tal derecho: 1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas (art. 7.1). 2. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción (art. 7.2). 3. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo (art. 7.3). 4. 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).

En cuanto al derecho a la propia imagen, constituyen intromisiones ilegítimas: 1. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos (número cinco del art. 7); y, 2. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga (número seis del citado art. 7). Si bien, la protección de este derecho no impedirá “la información gráfica de un suceso o acontecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio (art. 8.2 c) de la Ley Orgánica 1/1982)⁶².

Por su parte, como hemos señalado, la Ley Orgánica 1/1996 introduce un régimen protector reforzado frente a intromisiones ilegítimas en los derechos de los menores de edad perpetradas por medios de comunicación. Así, en el apartado segundo del art. 4 se establece que, la difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados.

⁶² Respecto de la enumeración de los supuestos de excepción contenido en el art. 8.2, tiene declarado el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, en sentencias de 28 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9510); de 25 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 7069); y, 2 de julio de 2004 (RJ 2004, 5262), que sus apartados son meramente enumerativos y no pueden considerarse relación exhaustiva y cerrada a cualquier otra excepción que proceda según las circunstancias del caso.

Asimismo, el apartado tercero declara que, se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales. Y a continuación, dando una dimensión funcional privilegiada al Ministerio Fiscal, el apartado cuarto declara que, sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública.

La intensificación en los niveles de protección y su publicación se justifican teniendo en cuenta que la entidad del daño se multiplica exponencialmente cuando el ataque a los derechos del menor se realiza a través de los medios de comunicación.

Con ello, claramente se supera el sistema establecido en la Ley Orgánica 1/1982, de manera que, en el ámbito de las intromisiones realizadas a través de medios de comunicación, el consentimiento de los progenitores o del propio menor, como veremos, será irrelevante, aunque se trate de un menor maduro, cuando pueda resultar un perjuicio para sus intereses⁶³.

Si en estos casos el consentimiento proyectado se pone en conocimiento del Ministerio Fiscal conforme a lo previsto en el art. 3 Ley Orgánica 1/1982, éste deberá oponerse en el plazo de los ocho días concedido. Por lo que, cuando el titular del derecho es un menor de edad o incapaz, el consentimiento “deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días, el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez” (art. 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982)⁶⁴. Esta regla concuerda con lo previsto con carácter general

⁶³ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2000 (RJ 2000, 6753); y, las sentencias y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 12ª, de 30 abril 2001 (AC 2002, 250); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 7ª, de 13 de febrero de 2003 (JUR 2003, 186572).

⁶⁴ El art. 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero modificado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, señala que, el menor tiene derecho a ser oído u escuchado sin discriminación alguna por la edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar, como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado, y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de sus edad y madurez. Por su parte, en su apartado 2 dispone que, la madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

en el art. 162.1 del Código Civil en sede de patria potestad⁶⁵. En cuanto a los incapacitados, será la sentencia de incapacitación la que determine los actos que puede realizar el propio incapacitado. Si la sentencia no dice nada, habrá que estar a la capacidad natural de entender y de querer. En todo caso, si hay duda acerca de las condiciones de madurez y, puesto que, estamos ante una medida pensada en beneficio de los menores e incapaces, lo razonable es comunicar previamente al Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado.

En este contexto, el consentimiento puede prestarlo los representantes legales o el propio menor, si sus condiciones de madurez lo permiten (art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982)⁶⁶. Precisamente, el art. 162 del Código Civil –reformado por la Ley

⁶⁵ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de marzo de 2003 (RJ 2003, 2596).

⁶⁶ La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1ª, de 4 de junio de 2015 (LA LEY 78714, 2015) respecto a la problemática de la publicación por el padre de fotografías del menor en la red social Facebook, la Sala pone de manifiesto dos ideas fundamentales, a saber: 1) Que el derecho a la propia imagen y la representación del aspecto físico que permita su identificación (art. 18.1 de la Constitución española), en su dimensión constitucional se configura como un derecho de la personalidad disponible por su titular si media autorización (arts. 2 y 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y el art. 6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal); y 2) Que la representación fotográfica del menor constituye un dato de carácter personal, de forma que la disposición de la misma habrá de otorgarse con el consentimiento de su representante legal (arts. 3 de la Ley Orgánica 1/1982 y 13 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre). Y, añade que, habida cuenta que la representación legal de los hijos menores de edad la ostentan ambos progenitores, en cuanto titulares de la patria potestad (art. 154 del Código Civil), tal régimen es el aplicable al supuesto litigioso –asevera la Sala-, por cuanto, aun encontrándose ante un caso de padres separados en que la guarda y custodia del hijo menor ha sido atribuida a la madre, en la sentencia de divorcio se acordó que ambos progenitores conservaran la patria potestad. Por ello, de pretender el padre la publicación de fotos de su hijo menor en las redes sociales habrá de recabar previamente el consentimiento de la progenitora recurrente y, de ponerse ésta, podrá acudir a la vía judicial en orden a su autorización del modo que dispone el art. 156 del Código Civil. Concluye, la Audiencia Provincial que, teniendo en cuenta, por lo demás, lo dispuesto en el art. 4 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor que, entre otros extremos, considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor “cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que puede implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, incluso, si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales”. En consecuencia, en la cuestión que ocupa, procede acoger el recurso de apelación, en el sentido de que en el caso de que don Adrián pretendiese la publicación de fotos de su hijo Carlos Manuel en las redes sociales habrá de recabar previamente el consentimiento de la madre del menor y de oponerse ésta, podrá acudir a la vía judicial en orden a su autorización.

Por su parte, el Reglamento General de Protección de Datos del Parlamento Europeo y del Consejo aprobado el 14 de abril de 2016 se refiere en su art. 8 al tratamiento de los datos personales relativos a los niños y establece que: “1. A los efectos del presente Reglamento, en relación con la oferta directa de servicios de la sociedad de la información a los niños, el tratamiento de los datos personales relativos a los niños menores de 13 años solo será lícito si el consentimiento ha sido dado o autorizado por el padre o tutor del niño. El responsable del tratamiento hará esfuerzos razonables para obtener un consentimiento verificable, teniendo en cuenta la tecnología disponible”. Se exige el consentimiento de los padres o el tutor respecto del tratamiento de los datos de un menor de 13 años. De forma que, para el mayor de esa edad podrá consentir el tratamiento de los mismos. Si bien, el art. 4 punto 18 define al “niño” como toda persona menor de

26/2015, de 28 de julio- excluye de la representación legal paterna los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia. Si bien, la exclusión de la representación legal de los padres en el ejercicio de los derechos de la personalidad no puede significar que, la actuación de los responsables parentales no tenga cabida y que la exclusión de su intervención sea absoluta, pues, estos derechos de la personalidad a través del interés superior del menor ha de ir íntimamente unido a los deberes propios de la patria potestad contenido en el art. 154 del Código Civil, más en concreto, el en deber de velar por los hijos. Así, cuando el menor carezca de capacidad y madurez suficiente, los responsables parentales actuarán dentro de su deber de vela y cuidado. En aquellos casos en que los menores cuenten con capacidad y madurez suficiente para ejercitar estos derechos, los progenitores actuarán como meros asistentes, esto es, como vigilantes en su deber de cuidado y protección para evitar que la falta de experiencia en el menor pueda conllevar que éste actúe contra su propio interés⁶⁷. Hay una necesaria conexión entre el interés superior del menor, el libre desarrollo de su personalidad y su dignidad como ser humano capaz y maduro en la adopción de aquellos actos relativos a los derechos de la personalidad que, puede ser ejercitados sin representación paterna alguna; todo ello sin obviar, los deberes de vela, cuidado o asistencia de los padres⁶⁸.

De todas formas, el consentimiento que, contempla la Ley como causa excluyente de la intromisión ilegítima ha de ser expreso, esto es, aquel que ha sido inequívocamente manifestado, requiriéndose para los menores de edad que esa expresión tenga forma escrita⁶⁹, pero además este previo consentimiento expreso y escrito que, por ser menor de edad, habrá de ser llevado a cabo por el representante legal del menor “no basta para la validez del acto de disposición, por cuanto es necesario, para que surta eficacia, la cooperación del Ministerio Fiscal, cuya intervención actúa a modo de asentimiento, autorización y ratificación”⁷⁰. El

18 años. De esta forma, asume la definición establecida en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño.

Asimismo, se señala en este Reglamento que, los niños merecen una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos en relación con el tratamiento de sus datos personales.

⁶⁷ En esta línea, vid., BARTOLOMÉ TUTOR, A.: “El tratamiento de los derechos de la personalidad de los menores de edad tras la reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 69, 2015, pp. 314-315.

⁶⁸ GARCÍA GARNICA, C.: *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado. Especial consideración a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen*, op. cit., p. 87, señala al respecto que, el reconocimiento de la capacidad de obrar del menor es compatible con la previsión legal de requisitos adicionales (formales o de asistencia de terceras personas) que controlen bien la efectiva concurrencia de su capacidad natural en el caso concreto, bien la conveniencia del acto que se pretende celebrar para sus intereses.

⁶⁹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 11ª, de 16 de octubre de 2002 (JUR 2003, 105156).

⁷⁰ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7058); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 13ª, de 30 de abril de 2003 (JUR 2004, 160714).

representante legal está obligado a poner previamente en conocimiento de Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado (art. 3.2 de la Ley Orgánica 1/1982).

Por otra parte, atendiendo a lo dispuesto en el art. 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996, el consentimiento del menor o de sus representantes legales no será suficiente para excluir el carácter ilegítimo de la intromisión, cuando se trata de la utilización del nombre o imagen en los medios de comunicación, y puede implicar un menoscabo de su honra o reputación, o ser contraria a los intereses del menor. Sí parece que será bastante, en cambio, la autorización judicial, en caso de haberse opuesto el Ministerio Fiscal, cuando le fue comunicado el consentimiento proyectado.

Lo protegido aquí es no sólo los derechos al honor, la intimidad o la imagen, sino más ampliamente, los “intereses” del menor⁷¹.

De todas formas, el apartado primero del mencionado artículo 4 después de señalar que los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, precisa que, este derecho comprende también la inviolabilidad de domicilio familiar, y de la correspondencia, así como el secreto de las comunicaciones. Un reconocimiento de derechos que resulta sorprendente, si tenemos en cuenta que ya la propia Constitución Española los protege y los reconoce dentro del Capítulo segundo, sección 1ª, del Título I y, por supuesto, no excluye de su ámbito de protección a los menores de edad.

IV. RESPONSABILIDAD CIVIL Y REPARACIÓN DEL DAÑO.

El art. 13.2 de la Ley 34/2002 dispone que para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información por el ejercicio de actividades de intermediación “se estará a lo establecido en los artículos siguientes”, entre ellos el art. 16 que, en relación con los prestadores de servicio de alojamiento o almacenamiento de datos –en las páginas alojadas en sus servidores o enlazadas por estos (art. 17)-, dispone que los mismos “...no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o si es que lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos. Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenido que los

⁷¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “Los derechos de la personalidad”, *op. cit.*, p. 571.

prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse”. En una interpretación amplia del artículo 16 si el prestador tiene medios para identificar y localizar al autor de los contenidos atentatorios de derechos fundamentales, debe adoptar las medidas pertinentes al respecto y no esperar a que una resolución judicial declare la ilicitud del contenido, pues, es claro que en el actual mundo de las telecomunicaciones caracterizado por la facilidad y rapidez de la difusión de los datos, no resulta lógico remitir al perjudicado a la previa obtención de una declaración formal de ilicitud, cuando la intromisión en el derecho fundamental es tan notoria que, el prestador puede tener conocimiento razonable de la misma⁷².

En este contexto, hay que señalar que, por la vía del art. 1903 del Código Civil, pueden ser responsables los padres respecto de los comportamientos daños de sus hijos menores⁷³, como la del centro docente durante el desarrollo de la actividad escolar como extraescolar⁷⁴. Así están resultando ser una tendencia en alza hasta el punto que, las diferentes administraciones han tomado cartas en el asunto, como son las situaciones de acoso escolar –bullying- incluso a través de la red –ciberbullying- que causan malestar y sufrimiento a aquellos menores que son víctimas de los mismos habitualmente de mano de otros menores. Si bien, no es suficiente un incidente aislado, sino que para considerar una situación de acoso, se exigen varias actuaciones mantenidas a lo largo del tiempo, esto es, una persistencia

⁷² En esta línea, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de marzo de 2013 (RJ 2013, 3380) viene a reiterar la doctrina que inició la sentencia de este mismo Tribunal de 9 de diciembre de 2009 (RC nº 914/2006 y sucesivas, sobre la interpretación de conocimiento efectivo sin necesidad de que “un órgano competente haya declarado la ilicitud” o que “se hubiera declarado la existencia de la lesión y el prestador conociera la correspondiente resolución”; y, de 7 de enero de 2013 (RJ 2014, 773) se hace responsable al prestador –titular del dominio de la página derivada del alojamiento o almacenamiento de esos datos- por los comentarios de contenido injurioso y amenazante en la página web sobre el negocio de una empresa dedicada a la informática.

⁷³ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de marzo de 1979 (RJ 1979, 919); y, de 17 de junio de 1980 (RJ 1980, 2409); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 2ª, de 30 de junio de 2010 (JUR 2010, 370378); de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 1ª, de 8 de marzo de 2011 (JUR 2011, 191480) responsabilidad por semiriesgo con proyección cuasiobjetiva por la omisión de los necesarios deberes de vigilancia y control de sus hijos menores; de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5ª, de 22 de julio de 2013 (AC 2013, 1559) responsabilidad de padres y tutores ante la existencia de acoso en internet de su hijo menor a otro menor; y de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 7ª, de 14 de marzo de 2014 (JUR 2014, 165222).

⁷⁴ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 10ª, de 18 de diciembre de 2008 (AC 2009, 124); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 25ª, de 11 de mayo de 2012 (AC 2012, 384) actitud omisiva del centro demandado; y, de la misma Audiencia, sección 8ª, de 16 de septiembre de 2014 (AC 2015, 1056). Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 1ª, de 18 de diciembre de 2015 (JUR 2016, 13128) suspensión del derecho de asistencia al centro de un alumno menor por un periodo de 30 días lectivos por presunto acoso a un alumna también del centro escolar. Actos graves de injuria y ofensa reiterados a través de redes sociales.

en la agresión, todo ello presidido por la voluntad de causar un mal a la víctima y situarla en un plano de inferioridad respecto del agresor⁷⁵.

Finalmente, hay que señalar que, si se produce una intromisión ilegítima en cualquiera de los derechos de la personalidad analizados, se puede condenar al autor de la misma a la reparación de los daños patrimoniales y daños morales. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de julio de 2006⁷⁶ ha declarado que “atendiendo a su origen, el daño causado a los bienes o derechos de una persona puede ser calificado como daño patrimonial, si se refiere a su patrimonio pecuniario; daño biológico, si se refiere a su integridad físicas, o daño moral, si se refiere al conjunto de derechos y bienes de la personalidad que integren el llamado patrimonio moral...”. Y añade que “sin embargo, en un contexto valorativo encaminado a la fijación del importe de la indemnización que procede establecer para compensar el daño, la dicotomía entre daños patrimoniales y morales tiene especial relevancia en un marco tipológico distinto, seguido por la jurisprudencia para huir del riesgo de la llamada falacia (o perjuicio) patrimonialista (según la cual no sería moral cualquier daño que afecte directa o indirectamente al patrimonio)”. Desde esta nueva perspectiva, debe ser calificados como daños morales cualesquiera que sean los derechos o bienes sobre los que directamente recaiga la acción dañosa, aquellos que “no son susceptibles de ser evaluados patrimonialmente por consistir en un menoscabo cuya sustancia puede recaer no solo en el ámbito moral estricto, sino también en el ámbito psicofísico de a persona y consiste, paradigmáticamente, en los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados quien no tienen directa o secuencialmente una traducción económica (SSTS de 26 de junio de 1984; de 6 de julio de 1990; 23 de julio de 1990; 22 de mayo de 1995; de 19 de octubre de 1996; de 27 de enero de 1998; de 12 de julio de 1999; de 31 de mayo de 2001 y, de 23 de noviembre de 2004), incluyendo los que tienen su causa en el incumplimiento contractual (tendencia que se inicia con la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1984, seguida, entre otras, de las sentencias del Tribunal Supremo, de 22 de noviembre de 1997; de 18 de noviembre de 1998; y, de 12 de julio de 1999, y culmina con las sentencias de 31 de mayo de 2000 y de 28 de marzo de 2005) y los que afectan a la parte social del patrimonio moral de la persona incidiendo en la esfera de su honor, reputación y consideración”⁷⁷.

⁷⁵ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 20ª, de 15 de noviembre de 2010 (AC 2010, 2140).

⁷⁶ RJ 2006, 6548.

⁷⁷ En esta línea, vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5ª, de 22 de julio de 2013 (AC 2013, 1559).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de marzo de 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100171) señala que: “(...) La doctrina s de esta Sala es reiterada –sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2014 y las que se citan- en el sentido de que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de

De todas formas, se pueden tomar como criterios para la cuantificación de los daños morales en relación con expresiones vertidas en na red social, por el número de personas que acceden a la misma⁷⁸.

V. CONCLUSIONES FINALES.

No cabe duda de la importancia en la sociedad actual de Internet como fuente de información y de nuevas oportunidades, pero esta ventaja que puede representar este entorno digital, no impide, asimismo, que su uso no esté exento de riesgos potenciales, cuando aquel es inadecuado, ocasionando daños importante en el desarrollo moral, psicológico, físico de quienes son más vulnerables como los menores de edad, y que, precisamente, se utilicen como vehículo las redes sociales donde su enorme expansión y falta de control, favorece la comisión de delitos por los propios menores contra otros menores como ciberbullying, o incluso, por adultos contra los propios menores como la pederastia, grooming, sin olvidar las intromisiones ilegítimas al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen de los menores en la red, cuya rápida difusión contrasta con la dificultades para luego borrar su rastro en tal entorno. Lo que, igualmente, resulta trasladable a los mayores de edad, que confiando en su capacidad de dominar la situación, -si bien acompañado de cierta dosis de inconsciencia-, ofrecen en las redes sociales informaciones especialmente sensibles que, pueden ser utilizada de forma torticera, e incluso delictiva por otras personas.

Ciertamente, los padres, o en su caso, los tutores como representantes legales han de proteger a sus hijos menores de edad o tutelados –también menores- frente a cualquier actuación que pueda perjudicar sus intereses o derechos, y, en consecuencia, siempre han de proceder pensando en el mejor interés del menor. En todo caso, no cabe hablar de intromisión ilegítima cuando el propio menor, si tiene suficiente condiciones de madurez, consiente, salvo que pueda implicar un menoscabo a su honra o reputación, o sea contraria a sus intereses, máxime cuando aquella ha tenido lugar en un medio de comunicación.

daños morales no tiene acceso a la casación, pues, corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba, solo susceptible de revisión, por error notorio o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción o se comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la fijación del “quantum”. Si puede ser objeto de recurso la base jurídica que da lugar al mismo, bases, como precisa la sentencia de 2 de septiembre de 2005, que son, fundamentalmente, las previstas en el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, que determina que para la valoración del daño moral haya de atenderse a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medios a través del que se haya producido”.

⁷⁸ Vid., las sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 3ª, de 25 de junio de 2015 (AC 2015, 1428).

De todas formas, deben los propios proveedores de servicios de acceso a internet disponer de sistema de verificación y comprobación de contenidos ilícitos, y, proceder, cuando así conste, a retirar de forma inmediata y efectiva aquellos contenidos que, puedan ser atentatorios al honor, intimidad y propia imagen de menores; igualmente, deben comunicar a los representantes legales aquellas imágenes o contenidos que el propio menor u otros menores han colgado en la red y que, puedan afectar al honor, intimidad familiar y personal y a la propia imagen. En fin, deben proporcionar todos los datos e información que, resulte pertinentes con el fin de facilitar cualquier eventual acción judicial que, inicien los afectados.

Por otra parte, es necesario que, los poderes públicos también se impliquen de forma efectiva en la protección de los derechos de los menores, e, incluso, mayores de edad promoviendo campañas de información sobre las ventajas pero también de los peligros que se pueden derivar del uso inadecuado de la red, y, asimismo, con políticas de prevención y educativas.

En este contexto, no podemos dejar de mencionar el importante papel del legislador nacional, en el sentido que, debe intensificar la protección jurídica de los derechos fundamentales de los menores en entornos virtuales, modificando para ello, la legislación existente con el objeto de ofrecer una protección integral de los menores en los espacios virtuales, a la vez que, resulta necesario imponer una responsabilidad más rigurosa a los prestadores de servicios de la información, y, sobre todo a quienes utilizan la red para cometer delitos o abusos de menores, con el objeto de establecer un marco jurídico y técnico adecuado que no sólo potencie la confianza de todos los actores intervinientes, sino que garantice el respecto de sus derechos, especialmente, de los derechos de los menores de edad, dada su especial vulnerabilidad. Se podría haber aprovechado para ello la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, pues el propio legislador constata que, han transcurrido veinte años desde la aprobación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, y añadimos nosotros treinta y cuatro años desde la aprobación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo- y se han producido importantes cambios sociales que, inciden en la situación de los menores y que demandan una mejora en sus instrumentos de protección jurídica de éstos en aras del cumplimiento efectivo del art. 39 de la Constitución Española. De todas formas, conviene recordar que la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia ha reformado el art. 162 del Código Civil clarificando y concretando su ámbito de aplicación que, tendrá lugar entre otros supuestos, cuando el menor haga efectivo sus derechos de la personalidad en cuanto a la protección o divulgación de su imagen, su intimidad o datos a través de redes sociales, o cuando tenga que consentir un determinado tratamiento médico.

BIBLIOGRAFÍA

BARTOLOMÉ TUTOR, A.: “El tratamiento de los derechos de la personalidad de los menores de edad tras la reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 69, 2015.

DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil, vol. I*, Tecnos, duodécima edición, Madrid, 2012.

GARCÍA GARNICA, M^a del C.: *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2004.

LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al.*; *Elementos de Derecho Civil, T. I Parte General, vol. 2 Personas*, Dykinson, sexta edición revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echevarría, Madrid, 2010.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “Los derechos de la personalidad”, *Curso de Derecho Civil, vol. I Derecho Privado. Derecho de la persona, volumen coordinado por Pedro de Pablo Contreras*, 4^a ed., Colex, Madrid 2011.

O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.:

- *Compendio de Derecho Civil, T. I Parte General*, séptima edición corregida y puesta al día, Dijusa, Madrid 2009.

- “Derecho al honor”, *Actualidad Civil*, 1990-1.

