

EL USO DE LA IMAGEN DEL MENOR ESTUDIANTE EN
LOS CENTROS EDUCATIVOS (ESPECIAL ATENCIÓN AL USO
DE LAS REDES SOCIALES)

*HE USE OF THE IMAGE OF THE MINOR STUDENT IN THE
EDUCATIONAL CENTERS (SPECIAL ATTENTION TO THE USE OF
THE SOCIAL NETWORKS)*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10, febrero 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 138-179



Pedro
GRIMALT
SERVERA

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de julio de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 11 de octubre de 2018

RESUMEN: En el presente estudio se analiza el uso de la imagen de estudiante menor de edad por un centro escolar especialmente en las redes sociales. Se analiza si la libertad de educación y la libertad de información pueden justificar el uso de la imagen del menor sin necesidad de recabar consentimiento alguno. También se analiza el uso de la imagen del estudiante por parte del centro escolar con el consentimiento de los menores de edad o el de los representantes legales, así como la intervención del Ministerio Fiscal.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la propia imagen; menor de edad; redes sociales; centros escolares; libertad de educación; libertad de información; consentimiento del menor de edad; consentimiento de los representantes legales del menor de edad.

ABSTRACT: *In the present study we analyze the use of the image of underage student by a school especially in the social networks. It is analyzed whether freedom of education and freedom of information can justify the use of the image of the child without the need to obtain consent. It also analyzes the use of the student's image by the school with the consent of the minors or that of the legal representatives, as well as the intervention of the Fiscal Ministry.*

KEY WORDS: *Right to self-image; underage; social networks; schools, freedom of education; freedom of information; consent of the minor; consent of the legal representatives of the minor.*

SUMARIO.- I. EL DERECHO DEL MENOR A SU PROPIA IMAGEN EN UN CENTRO DOCENTE: EDUCACIÓN Y DEBER DE VIGILAR DE LOS PADRES.- I. Consideraciones generales.- 2. ¿Se puede imponer el uso de las redes sociales a los menores en el ámbito escolar en detrimento de su propia imagen?- 3. Las redes sociales como medio para informar a los representantes legales de la educación de sus representados.- 4. ¿La libertad de información puede justificar el uso de la imagen del menor sin el consentimiento del menor o de sus representantes legales?- II. EL CONSENTIMIENTO.- I. Consideraciones generales. El consentimiento debe ser específico.- 2. El consentimiento del menor (I): los 16 años como punto de partida (de momento) - en el marco de los servicios de la sociedad de la información 3. El consentimiento del menor (II): las condiciones de madurez del menor que no ha cumplido los 16 años, siempre que sea mayor de 13 años.- 4. El consentimiento del menor (III): la incidencia de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDDG) en la prestación del consentimiento del menor de edad no emancipado- 5. El consentimiento de los titulares de la patria potestad (o de los tutores).- 6. La intervención del ministerio fiscal.

I. EL DERECHO DEL MENOR A SU PROPIA IMAGEN EN UN CENTRO DOCENTE: EDUCACIÓN Y DEBER DE VIGILAR DE LOS PADRES

I. Consideraciones generales

No descubro nada si empiezo este trabajo afirmando que los menores de edad son titulares del derecho fundamental a la propia imagen¹ (art. 18 Constitución²)

- 1 El alcance del derecho fundamental a la propia imagen se plasma, entre otras, en la STC (Sala Segunda) 176/2013, de 21 de octubre: “[...] Por lo que respecta al derecho a la propia imagen, este Tribunal ha estimado en numerosas Sentencias que no puede ser concebido como una faceta o manifestación más del derecho a la intimidad o el honor, pues si bien todos los derechos identificados en el art. 18 de la Constitución mantienen una estrecha relación, en tanto que se inscriben en el ámbito de la personalidad, cada uno de ellos tiene un contenido propio y específico. Concretamente, el derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás; un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad y, en definitiva, un ámbito necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana. Ese bien jurídico se salvaguarda reconociendo la facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su reconocimiento como sujeto individual. En definitiva, lo que se pretende, en su dimensión constitucional, es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a las injerencias externas (ATC 28/2004, FJ 3). En consecuencia, la facultad otorgada por este derecho consiste, en esencia, en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad -informativa, comercial, científica, cultural, etc.- perseguida por quien la capta o difunde (SSTC, además de las dos anteriormente citadas, 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2 y 83/2002, de 22 de abril, FJ 4). Y lo específico del derecho a la imagen, frente al derecho a la intimidad y el derecho al honor, es la protección frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. El aspecto físico de la persona ha de quedar protegido incluso cuando, en función de las circunstancias, no tiene nada de íntimo o no afecta a su reputación [...]”.
- 2 El art. 4.1 LOPJM dispone: “*Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así*

• **Pedro Grimalt Servera**

Catedrático de Derecho Civil, Universidad de las Illes Balears. Correo electrónico: pedro.grimalt@uib.es

y que lo pueden ejercer en todos los ámbitos de su vida, incluido el escolar (obviamente, si los menores de edad no tuvieran capacidad de obrar suficiente, deberían ser los representantes legales quienes decidieran sobre el ejercicio de este derecho).

Ahora bien, “[...] el derecho a la propia imagen no tiene carácter absoluto o incondicionado, de manera que ante determinadas circunstancias la regla general, conforme a la cual es el titular del derecho quien decide si permite o no la captación y difusión de imágenes, queda excluida a favor de los otros derechos o intereses constitucionalmente legítimos [...]” (STC -Sala Segunda- 18/2015, de 16 de febrero). Siendo esto así, hay que interesarse por el derecho (deber³) fundamental a la educación (art. 27.1 Constitución), del que serían titulares los centros docentes⁴, ya que podría entrar en conflicto con el derecho fundamental a la propia imagen.

En efecto, actualmente, el uso de las redes sociales⁵ puede y debe formar parte del proceso educativo de los menores y no solo porque así se deduzca del muy reciente art. 2.1.1 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), “El sistema educativo español se orientará a la consecución de los siguientes fines: [...] 1) La capacitación para garantizar la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y el aprendizaje de un uso seguro de los medios digitales y respetuoso con la dignidad humana, los valores constitucionales, los derechos fundamentales y, particularmente, con el respeto y la garantía de la intimidad individual y colectiva”⁶, sino porque este derecho/deber educativo ya se desprende de los principios que informan el sistema de protección de los menores y el sistema educativo: así, si se

como del secreto de las comunicaciones” (el subrayado es mío).

- 3 El art. 27.4 Constitución dispone que la enseñanza básica es obligatoria y gratuita. En nuestro Ordenamiento Jurídico, de acuerdo con el art. 3.3 LOE, constituyen la educación básica, la educación primaria y la educación secundaria obligatoria: “La enseñanza básica comprende diez años de escolaridad y se desarrolla, de forma regular, entre los seis y los dieciséis años de edad [...]” (art. 4.2 LOE). La obligación de escolarizar a los menores entre los 6 y 16 años, de acuerdo con la STC (Sala Primera) 133/2010, de 2 de diciembre, sería constitucionalmente legítima.
- 4 Así se deduce relacionando el art. 27.6 Constitución, “Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales”, con la siguiente afirmación en “obiter dictum” del Tribunal Constitucional (Sala Primera) en su sentencia 139/1995, de 26 de septiembre: “[...] La Constitución, además, contiene un reconocimiento expreso y específico de derechos fundamentales para determinados tipos de organizaciones. Así, por ejemplo, la libertad de educación está reconocida a los centros docentes (art. 27 C.E.) [...]”.
- 5 El diccionario de la Real Academia Española define red social como “plataforma digital de comunicación global que pone en contacto a gran número de usuarios”. Aunque también resultan muy gráficas las definiciones que puede encontrarse por ejemplo en la popular wikipedia, “Una red social es una estructura social compuesta por un conjunto de actores (tales como individuos u organizaciones) que están relacionados de acuerdo a algún criterio (relación profesional, amistad, parentesco, etc.)”, o en concepto.de, “Las redes sociales son sitios de Internet formados por comunidades de individuos con intereses o actividades en común (como amistad, parentesco, trabajo) y que permiten el contacto entre estos, de manera que se puedan comunicar e intercambiar información”.
- 6 Es la disposición final décima LOPDDG, que entra en vigor el 7 de diciembre de 2018, la que incluye el apartado I del art. 2.1 en la LOE.

relacionan, entre otros, los arts. 5.¹⁷ y 9. quáter.³⁸ ambos 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 Civil (LOPJM)⁹, con los apartados c)¹⁰, k)¹¹ y l)¹² del art. 1 LOE (que establecen algunos de los principios que rigen nuestro sistema educativo) y los apartados e)¹³ y g)¹⁴ del art. 91.1 LOE (que involucran al profesorado en el desarrollo de los alumnos como personas), se permite concluir que el centro docente en general, y el profesorado en particular, deben coadyuvar muy activamente en el aprendizaje del menor en un uso de las redes sociales adecuado (seguro¹⁵) y respetuoso con los derechos y libertades de otras personas.

Además, en la medida en que no es posible sustraerse de la realidad social del tiempo en que resultan de aplicación las normas jurídicas, hay que ser muy consciente de que el uso de las redes sociales, como medio para interactuar entre las personas, actualmente forma parte esencial de nuestra vida; por tanto, para nada hay que descartar el uso de las mismas como medio de comunicación entre el centro docente y el profesorado y los representantes legales en el uso de las potestades de estos últimos, potestades plasmadas fundamentalmente en el art.

- 7 “Los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo. Se prestará especial atención a la alfabetización digital y mediática, de forma adaptada a cada etapa evolutiva, que permita a los menores actuar en línea con seguridad y responsabilidad y, en particular, identificar situaciones de riesgo derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, así como las herramientas y estrategias para afrontar dichos riesgos y protegerse de ellos” (la cursiva es mía).
- 8 “A través del sistema educativo se implantará el conocimiento que los menores deben tener de sus derechos y deberes como ciudadanos, incluyendo entre los mismos aquellos que se generen como consecuencia de la utilización en el entorno docente de las Tecnologías de la Información y Comunicación”.
- 9 No solo la LOPJM presta atención a la educación del menor en la de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación; también lo hace la propia LOE, por ejemplo, en sus arts. 14.5 (educación primaria) y 17.i (educación secundaria).
Art. 14.5 LOE: “Corresponde a las Administraciones educativas fomentar una primera aproximación a la lengua extranjera en los aprendizajes del segundo ciclo de la educación infantil, especialmente en el último año. Asimismo, fomentarán una primera aproximación a la lectura y a la escritura, así como experiencias de iniciación temprana en habilidades numéricas básicas, en las tecnologías de la información y la comunicación y en la expresión visual y musical”.
Art. 17.1 LOE: “La educación secundaria obligatoria contribuirá a desarrollar en los alumnos y las alumnas las capacidades que les permitan: [...] e) Desarrollar destrezas básicas en la utilización de las fuentes de información para, con sentido crítico, adquirir nuevos conocimientos. Adquirir una preparación básica en el campo de las tecnologías, especialmente las de la información y la comunicación”.
- 10 “c) La transmisión y puesta en práctica de valores que favorezcan la libertad personal, la responsabilidad, la ciudadanía democrática, la solidaridad, la tolerancia, la igualdad, el respeto y la justicia, así como que ayuden a superar cualquier tipo de discriminación”.
- 11 “k) La educación para la prevención de conflictos y la resolución pacífica de los mismos, así como para la no violencia en todos los ámbitos de la vida personal, familiar y social, y en especial en el del acoso escolar”.
- 12 “l) El desarrollo, en la escuela, de los valores que fomenten la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, así como la prevención de la violencia de género”.
- 13 “Las funciones del profesorado son, entre otras, las siguientes: [...] e) La atención al desarrollo intelectual, afectivo, psicomotriz, social y moral del alumnado”.
- 14 “Las funciones del profesorado son, entre otras, las siguientes: [...] g) La contribución a que las actividades del centro se desarrollen en un clima de respeto, de tolerancia, de participación y de libertad para fomentar en los alumnos los valores de la ciudadanía democrática”.
- 15 Esto es, enseñarles, entre otras cosas, los peligros de presente y de futuro derivados de un mal uso de las redes sociales.

154.1º Código Civil¹⁶, cuando los representantes sean los progenitores, o en el art. 269.2º del Código Civil¹⁷, cuando los representantes sean tutores, pero también en los apartados d)¹⁸ y e)¹⁹ del art. 4.1 y apartados d)²⁰ y e)²¹ del art. 4.2 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación y en el art. 118.4 LOE²² (o, más específicamente, en el art. 12.3 LOE²³, para la enseñanza infantil -enseñanza hasta los 6 años).

Pero no solo hay que tener en cuenta el derecho/deber fundamental de educación, también podría resultar relevante el ejercicio de la libertad de información de los centros docentes. Si bien es cierto que es discutible que los centros docentes sean titulares de la libertad de información del art. 20

-
- 16 Es función de los titulares de la patria potestad del menor no emancipado: "Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral".
- 17 "El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular: [...] 2º. A educar al menor y procurarle una formación integral".
- 18 "A estar informados sobre el progreso del aprendizaje e integración socio-educativa de sus hijos".
- 19 "A participar en el proceso de enseñanza y aprendizaje de sus hijos".
- 20 "Participar de manera activa en las actividades que se establezcan en virtud de los compromisos educativos que los centros establezcan con las familias, para mejorar el rendimiento de sus hijos".
- 21 "Conocer, participar y apoyar la evolución de su proceso educativo, en colaboración con los profesores y los centros".
- 22 "A fin de hacer efectiva la corresponsabilidad entre el profesorado y las familias en la educación de sus hijos, las Administraciones educativas adoptarán medidas que promuevan e incentiven la colaboración efectiva entre la familia y la escuela".
- 23 "Con objeto de respetar la responsabilidad fundamental de las madres y padres o tutores en esta etapa, los centros de educación infantil cooperarán estrechamente con ello".

Constitución^{24, 25}, en este estudio, sobre la base del carácter dinámico del

- 24 Si bien en el caso se dilucidaba si las personas jurídicas eran titulares del derecho fundamental al honor, las afirmaciones plasmadas en la STC (Sala Primera) 139/1995, de 26 de septiembre, permitirían defender que los centros docentes son titulares de la libertad de información siempre que dicha información se ejercite en relación con los fines propios del centro docente: "La Constitución española no contiene ningún pronunciamiento general acerca de la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas, a diferencia, por ejemplo, de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en la que expresamente su art. 19.3 reconoce que los derechos fundamentales rigen para las personas jurídicas nacionales en tanto y en cuanto, por su naturaleza, sean aplicables a las mismas. De todos modos, si bien lo anterior es cierto, también lo es que ninguna norma, ni constitucional ni de rango legal, impide que las personas morales puedan ser sujetos de los derechos fundamentales. [...] La Constitución, además, contiene un reconocimiento expreso y específico de derechos fundamentales para determinados tipos de organizaciones. Así, por ejemplo, la libertad de educación está reconocida a los centros docentes (art. 27 C.E.); el derecho a fundar confederaciones está reconocido a los sindicatos (art. 28.1 C.E.); la libertad religiosa se garantiza a las asociaciones de este carácter (art. 16 C.E.) o las asociaciones tienen reconocido el derecho de su propia existencia (art. 22.4 C.E.). [...] Junto a este reconocimiento, expreso o implícito, de titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas, el texto constitucional delimita una peculiar esfera de protección. Nuestra Constitución configura determinados derechos fundamentales para ser ejercidos de forma individual; en cambio otros se consagran en el Texto constitucional a fin de ser ejercidos de forma colectiva. Si el objetivo y función de los derechos fundamentales es la protección del individuo, sea como tal individuo o sea en colectividad, es lógico que las organizaciones que las personas naturales crean para la protección de sus intereses sean titulares de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto éstos sirvan para proteger los fines para los que han sido constituidas. En consecuencia, las personas colectivas no actúan, en estos casos, sólo en defensa de un interés legítimo en el sentido del art. 162.1 b) de la C.E., sino como titulares de un derecho propio. Atribuir a las personas colectivas la titularidad de derechos fundamentales, y no un simple interés legítimo, supone crear una muralla de derechos frente a cualesquiera poderes de pretensiones invasoras, y supone, además, ampliar el círculo de la eficacia de los mismos, más allá del ámbito de lo privado y de lo subjetivo para ocupar un ámbito [...] colectivo y social. Así se ha venido interpretando por este Tribunal, y es ejemplo reciente de esta construcción la STC 52/1995 por la que se reconoce a la empresa [...], dedicada a la difusión de publicaciones, el derecho a expresar y difundir ideas, pensamientos y opiniones, consagrado en el art. 20.1 a) C.E. [...] Sin embargo, la protección que los derechos fundamentales otorgan a las personas jurídicas no se agota aquí. Hemos dicho que existe un reconocimiento específico de titularidad de determinados derechos fundamentales respecto de ciertas organizaciones. Hemos dicho, también, que debe existir un reconocimiento de titularidad a las personas jurídicas de derechos fundamentales acordes con los fines para los que la persona natural las ha constituido. En fin, y como corolario de esta construcción jurídica, debe reconocerse otra esfera de protección a las personas morales, asociaciones, entidades o empresas, gracias a los derechos fundamentales que aseguren el cumplimiento de aquellos fines para los que han sido constituidas, garantizando sus condiciones de existencia e identidad. [...] Ciertamente es que, por falta de una existencia física, las personas jurídicas no pueden ser titulares del derecho a la vida, del derecho a la integridad física, ni portadoras de la dignidad humana. Pero si el derecho a asociarse es un derecho constitucional y si los fines de la persona colectiva están protegidos constitucionalmente por el reconocimiento de la titularidad de aquellos derechos acordes con los mismos, resulta lógico que se les reconozca también constitucionalmente la titularidad de aquellos otros derechos que sean necesarios y complementarios para la consecución de esos fines. En ocasiones, ello sólo será posible si se extiende a las personas colectivas la titularidad de derechos fundamentales que protejan -como decíamos- su propia existencia e identidad, a fin de asegurar el libre desarrollo de su actividad, en la medida en que los derechos fundamentales que cumplan esta función sean atribuibles, por su naturaleza, a las personas jurídicas. [...] Bajo esta perspectiva destaca la STC 23/1989, en la que se afirma que este Tribunal 'ha venido considerando aplicable, implícitamente y sin oponer reparo alguno, el art. 14 C.E. a las personas jurídicas de nacionalidad española, como titulares del derecho que en él se reconoce, como se pone de manifiesto, entre otras, en las SSTC 99/1983, 20 y 26/1985 y 39/1986, sin que existan razones para modificar esta doctrina general' (fundamento jurídico 2º) [...]" (la cursiva es mía). En cualquier caso, véase la nota a pie de página siguiente.
- 25 Si bien es cierto que la STC (Sala Primera) 139/1995, de 26 de septiembre, permite defender que los centros docentes son titulares de la libertad de información (véase nota a pie de página anterior), no lo es menos que tanto la STC (Sala Primera) 244/2007, de 10 de diciembre, como el ATC (Sala Primera) 19/1993, de 21 de enero, permiten llegar a la solución contraria. En la misma línea, también podría incluirse, no sin alguna que otra duda, la STC (Sala Segunda) 69/2006, de 13 de marzo, en la que se analizan unas declaraciones realizadas durante una rueda de prensa por el Secretario de Estado de Hacienda (véase también el voto particular de esta sentencia). En efecto, en la STC (Sala Primera) 244/2007, de 10 de diciembre, en la que se analizaban unas manifestaciones vertidas en rueda de prensa un Gobernador Civil, se afirma: "[...] Ciertamente, tanto la libertad de información como la libertad de expresión en determinadas circunstancias pueden operar como límite al contenido del derecho al honor, descartando el carácter ilegítimo de la intromisión (en este sentido, entre otras muchas, las SSTC 219/1992, de 3 de diciembre, FJ 2; 81/2001, de 26 de marzo, FJ 4; 83/2002, de 22 de abril, FFJJ 3 y 4; y 9/2007, de 15 de enero, FJ 4). Sin embargo en el presente caso ha de rechazarse el indicado

contenido esencial de los derechos fundamentales, se va a entender que las actuaciones de los centros docentes podrían venir amparadas por la libertad de información (sin distinguir entre centros docentes de titularidad pública y centros docentes de titularidad privada²⁶). A mi juicio, se puede considerar que la

planteamiento, puesto que como recordamos en nuestra STC 14/2003, de 28 de enero, FJ 8, atendiendo a la condición subjetiva del emisor de las declaraciones como representante del poder público ‘los sujetos titulares de la libertad de información y del correlativo derecho a recibirla son la colectividad, cada uno de sus ciudadanos y los profesionales del periodismo (SSTC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 4; 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 11; 168/1986, de 22 de diciembre, FJ 2; 6/1988, de 21 de enero, FJ 5; 223/1992, de 14 de diciembre, FJ 2, por todas), pero en ningún caso son titulares de los referidos derechos fundamentales las instituciones públicas o sus órganos (en relación con la libertad de expresión, SSTC 185/1989, de 13 de noviembre, FJ 4; 254/1993, de 20 de julio, FJ 7; en relación con las libertades de expresión e información, ATC 19/1993, de 21 de enero) ... Así, con referencia genérica a la libertad de expresión, se ha declarado en la mencionada STC 254/1993, de 20 de julio, que la información que las Administraciones públicas recogen, conservan y archivan ha de ser necesaria para el ejercicio de las potestades que les atribuye la Ley y ha de ser, además, adecuada para las legítimas finalidades previstas por ella, pues las instituciones públicas, a diferencia de los ciudadanos, no gozan del derecho fundamental a la libertad de expresión que proclama el art. 20 CE, siendo aquella información luego utilizada por sus distintas autoridades y organismos en el desempeño de sus funciones, desde el reconocimiento del derecho a prestaciones sanitarias o económicas de la Seguridad Social hasta la represión de conductas ilícitas, incluyendo cualquiera de la variopinta multitud de decisiones con que los poderes públicos afectan a la vida de los particulares (FJ 7). En este sentido, con base en las mismas razones que las esgrimidas en relación con la libertad de expresión, ha de señalarse, en lo que aquí interesa y como se infiere del mencionado Auto, respecto a la titularidad por los instituciones públicas o sus órganos de libertad de información, que la información vertida por las instituciones públicas o sus órganos en el ejercicio de sus atribuciones queda fuera del ámbito protegido por esta libertad reconocida en el art. 20.1.d CE (ATC 19/1993, de 21 de enero)” [...]. (la cursiva es mía). Y en el auto del Tribunal Constitucional (Sala Primera) 19/1993, de 21 de enero, en el que se analizaba la difusión, por parte de un Colegio Profesional de Farmacéuticos, se afirma: “[...] 1. Los demandantes de amparo en esta sede constitucional afirman que la Sentencia del Tribunal Supremo ha vulnerado su derecho fundamental a las libertades de expresión y de información, ex art. 20.1 C.E. El fallo judicial les ha condenado a reparar la intromisión ilegítima en el honor de una farmacéutica, causada por la difusión en el ámbito del Colegio Oficial de Farmacéuticos de una nota en la que, al hilo de polemizar acerca de los turnos establecidos por el Colegio para el cierre por vacaciones de las oficinas de farmacia, se daba noticia de que dicha profesional tenía abiertos muchos expedientes deontológicos por diversas circunstancias. [...] La Sentencia impugnada no ha condenado a los actores en cuanto ciudadanos, sino en su calidad de miembros de la Junta de Gobierno del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid. La demanda civil fue interpuesta contra ellos porque ocupaban los cargos de Presidente del Colegio, de Tesorero y de Vocal encargado de las publicaciones colegiales. Y su responsabilidad civil se funda en que, como titulares de tales cargos, a ellos son imputables la emisión de la nota oficial en cuestión, y asimismo tanto la distribución de una hoja informativa como la edición de la revista profesional que hicieron posible la difusión de la nota dentro de ámbito colegial. Así se destaca en el mismo recurso de amparo, que enfatiza que la Junta de Gobierno del Colegio emitió la nota informativa en relación con una controversia de carácter profesional, en medios de comunicación propios de la corporación, y relatando la existencia objetiva de unos expedientes administrativos cuyo control legal le corresponde reglamentariamente, y que tienen por ende un carácter oficial. [...] Este factor es determinante, y conduce a que la demanda de amparo carezca manifiestamente de contenido que justifique su admisión [art. 50.1 c) LOTC]. [...] 2. En efecto, al tratarse de una información vertida por un Colegio profesional, respecto de uno de sus miembros, y en el que aquél se encontraba en uso de las potestades que la Ley le otorga para ordenar la profesión respectiva, con arreglo al art. 36 C.E., su emisión y publicación caen fuera del ámbito protegido por las libertades de expresión que proclama el art. 20 de la Constitución. En la STC 185/1989, aunque fallamos que la declaración de persona “non grata” emitida por el Ayuntamiento de Priego no había vulnerado el derecho al honor del afectado, no dejamos de subrayar que no puede equipararse la posición de los ciudadanos y la de las instituciones públicas, en el disfrute de las libertades de expresión: pues, mientras aquéllos gozan de libertad para criticarlas, las instituciones encuentran su actuación vinculada a los fines que les asigna el ordenamiento jurídico, entre los que no se encuentra ciertamente el de atribuir calificativos a sus administrados (fundamento jurídico 4.º.4) [...]” (la cursiva es mía).

26 Una interpretación conjunta de las sentencias que se citan en las dos notas a pie de página anteriores permitiría distinguir entre centros docentes de titularidad pública y centros docentes de titularidad privada, resultando que los primeros no serían titulares no ya solo de las libertades del art. 20 Constitución, sino tan siquiera de la libertad de educación. Es cierto que, en virtud del principio de neutralidad ideológica de actuación de las Administraciones Públicas, los centros de educación públicos pueden tener un margen de actuación mucho menor que los centros docentes privados, que pueden tener un ideario, pero no puede dejarse de lado que los centros docentes, públicos y privados, prestan un servicio en el que “ratione materiae” entra en juego la libertad de educación (véase la sentencia del Tribunal Constitucional —

libertad de información es un derecho instrumental en el ejercicio del derecho/deber fundamental de la libertad de educación; es más, incluso el ejercicio de la libertad de información puede venir amparado por el ejercicio del derecho fundamental al honor, desde la perspectiva del prestigio²⁷ del centro docente. Debe recordarse: a) que el contenido esencial de un derecho fundamental no solo lo configuran aquel conjunto de “[...] facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a este tipo [...]” (STC 11/1981 — Pleno—, de 8 de abril²⁸); b) que el contenido esencial de un derecho fundamental también integra aquel conjunto de garantías necesarias para la preservación del derecho, esto es, forma parte del contenido esencial “[...] aquella parte [...] que resulta absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección [...]” (STC 11/1981 — Pleno—, de 8 de abril²⁹); c) que el contenido esencial de un derecho fundamental no es una foto fija, sino que es un contenido dinámico que puede y debe adaptarse a las vicisitudes sociales de toda sociedad democrática: el contenido esencial de un derecho fundamental está “[...] referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes a las sociedades democráticas cuando se trate de derechos constitucionales [...]” (STC 11/1981 —Pleno, de 8 de abril³⁰). Por tanto, en la medida en que el intercambio de la información es consustancial a la sociedad actual, no solo como derecho, sino también como exigencia de control de las actividades de aquellas entidades, públicas o privadas, que ejercen funciones sociales fundamentales, como por ejemplo la educación, entiendo que

Pleno—253/1991, de 12 de diciembre, aunque referida a las Universidades Públicas, entiendo que sirve para los centros docentes públicos de enseñanza no superior) y, en virtud del art. 20.1c) Constitución, la libertad académica del centro escolar y de los profesores (sin perjuicio de los límites que puedan imponerse); libertad académica que ha sido reconocida expresamente a los docentes de centros públicos y privados de enseñanza no superior en la sentencia del Tribunal Constitucional —Pleno- 5/1981, de 13 de febrero); la clave no está en la naturaleza pública o privada del centro docente, sino en la especial función que realizan ambos: enseñar. Por tanto, entiendo que no resulta procedente distinguir entre centros docentes públicos y centros docentes privados a los efectos de determinar si son titulares del derecho fundamental a la libertad de educación y de las libertades del art. 20 Constitución y del derecho al honor del art. 18 Constitución: a mi juicio, tanto los centros docentes públicos como los privados son titulares de las libertades públicas de educación y de información y del derecho fundamental al honor (véase la nota a pie de página siguiente).

27 La idea del prestigio profesional como parte del contenido del derecho fundamental al honor puede verse, por ejemplo, en las sentencias del Tribunal Constitucional —Pleno- 216/2013, de 19 diciembre, en “obiter dictum”; -Sala Primera- 41/2011, de 11 abril. Puede verse también el auto del Tribunal Constitucional -Sala Segunda- 336/2008 de 27 octubre.

Véase también GRIMALT SERVERA, P.: *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Lustel, Granada, 2007, p. 28.

28 Pueden verse también las sentencias del Tribunal Constitucional, todas ellas del Pleno, 112/2006, de 5 abril; 204/2004 de 18 noviembre; 196/1987, de 11 diciembre; 161/1987 de 27 octubre.

29 Véase nota a pie de página anterior.

30 Véanse en el mismo sentido las sentencias del Tribunal Constitucional referidas dos notas a pie de página antes.

es posible concluir que los centros docentes pueden y deben informar de sus actividades, aunque sea como actividad instrumental en el ejercicio del derecho fundamental a la educación o del derecho fundamental al honor de los centros docentes en el sentido de prestigio -obviamente y sin perjuicio de posibles conflictos entre derechos, el ejercicio de la libertad de información por parte de los centros docentes debe hacerse con absoluto respeto a los derechos de terceras personas. Desde esta perspectiva, los centros docentes pueden estar interesados en divulgar las actividades que realizan o los éxitos de su alumnado, ya sea para informar, ya sea para prestigiar el centro docente; es más, también la sociedad está interesada en conocer cómo se educa en los centros docentes, qué actividades ofrece, ya sea como interés general (doy por sentado que la educación es uno de los pilares de una sociedad avanzada y que, por tanto, es un tema de interés general, se tengan o no hijos en edad escolar), ya sea por interés particular (por ejemplo, y siempre que sea posible, para elegir el centro docente de los hijos). Pues bien, cuando se prevea que una información vaya acompañada de la imagen de un estudiante o de un grupo de estudiantes, salvo que exista consentimiento lícito previo que autorice la publicación de la imagen del menor, deberá analizarse si prevalece el derecho fundamental a la propia imagen del menor o la libertad de información del centro docente.

2. ¿Se puede imponer el uso de las redes sociales a los menores en el ámbito escolar en detrimento de su propia imagen?

Como se ha dicho, los centros docentes deben ser actores fundamentales en la educación de los menores de edad en el uso adecuado y respetuoso de las redes sociales; si esto es así, no resulta difícil colegir que los centros docentes, en general, o determinados docentes, en particular, puedan imponer a sus alumnos el uso de las redes sociales que incluso afecte a la propia imagen del menor, siempre que las competencias que se están desarrollando con el uso de las redes sociales así lo exija o, al menos, lo haga conveniente³¹ (desde la perspectiva de la protección de datos, podría entenderse que es de aplicación el art. 6.1.e³² RGPD (UE) - Reglamento al que me referiré especialmente en el epígrafe II de este estudio).

31 Por ejemplo, el art. 17 LOE establece que la educación primaria (de 6 a 12 años) contribuirá a desarrollar en los niños y niñas las capacidades, entre otras, que les permitan “Iniciarse en la utilización, para el aprendizaje, de las tecnologías de la información y la comunicación desarrollando un espíritu crítico ante los mensajes que reciben y elaboran” (art. 17.i LOE); “Utilizar diferentes representaciones y expresiones artísticas e iniciarse en la construcción de propuestas visuales y audiovisuales” (art. 17.j LOE); o “Desarrollar sus capacidades afectivas en todos los ámbitos de la personalidad y en sus relaciones con los demás, así como una actitud contraria a la violencia, a los prejuicios de cualquier tipo y a los estereotipos sexistas” (art. 17.m LOE). Objetivos que se refuerzan en la educación secundaria obligatoria (de 12 a 16 años) -por ejemplo, véanse los apartados a), d), g), i) del art. 23 LOE, y en el bachillerato -por ejemplo, véanse los apartados b), g), i), j), k) del art. 33 LOE.

32 “1. El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones: [...] e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público [...]” (véase también el art. 8.2 LOPDDG).

Ahora bien, cuando se pretenda imponer a los alumnos un uso de las redes sociales que afecte a la propia imagen del menor, en la medida en que, en este concreto supuesto, el uso de las redes sociales restringirá el derecho fundamental a la propia imagen del menor (se limitará el derecho de oposición del alumno a que su imagen sea reproducida y divulgada), resultará absolutamente imprescindible someter dicha imposición al juicio de proporcionalidad para verificar su validez: “[...] para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: “si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto) [...]” (STC -Sala Primera- 207/1996 de 16 diciembre)³³.

Pues bien, este juicio de proporcionalidad exige, cuanto menos, dos reflexiones. En primer lugar, entiendo que resulta absolutamente imprescindible distinguir entre las redes sociales que se limitan a la comunicación entre alumno/s y profesor/centro escolar actuando como una especie de intranet corporativa —a las que me referiré en este trabajo como “redes sociales cerradas/Intranet”—, de aquellas que permitirían el acceso de terceros a la imagen del menor (por ejemplo, “Facebook”³⁴, “Twitter”³⁵, “YouTube”³⁶)³⁷-a las que me referiré en este trabajo como “redes sociales abiertas a terceros”. En efecto, como punto de partida,

33 Véanse también las sentencias del Tribunal Constitucional 23/2014 de 13 de febrero; 170/2013 de 7 octubre; 96/2012, de 7 mayo; 89/2006, de 27 marzo; 89/2006, de 27 marzo.

34 Facebook es “[...] una red social en la cual las personas, luego de crearse un perfil y completar los datos que deseen, pueden realizar diferentes actividades entre las cuales las más populares son buscar y encontrar numerosos contactos de la vida real (s de los cuales pertenecen a momentos pasados de la vida de cada uno), expresar sus opiniones y estados de ánimo, subir y comentar fotos, jugar, crear redes y grupos con diferentes objetivos [...]” (definicionabc.com).

35 “Twitter [...] es un servicio de microblogging [servicio que permite a sus usuarios enviar y publicar mensajes breves], [...] [que] permite enviar mensajes de texto plano [archivo de texto simple, texto sencillo o texto sin formato...que contiene únicamente texto formado solo por caracteres que son legibles por humanos, careciendo de cualquier tipo de formato tipográfico] de corta longitud, con un máximo de 140 caracteres, llamados tweets, que se muestran en la página principal del usuario. Los usuarios pueden suscribirse a los tweets de otros usuarios — a esto se le llama ‘seguir’ y a los usuarios abonados se les llama ‘seguidores’, ‘followers’ y a veces tweeps [...]. Por defecto, los mensajes son públicos, pudiendo difundirse privadamente mostrándolos únicamente a unos seguidores determinados [...]” (Wikipedia).

36 “YouTube [...] es un sitio web en el cual los usuarios pueden subir y compartir vídeos. Aloja una variedad de clips de películas, programas de televisión y vídeos musicales, así como contenidos amateur como videoblogs [...]” (Wikipedia).

37 Es cierto que algunas de las “redes sociales abiertas a terceros” permiten ser configuradas para restringir el acceso de terceros; ahora bien, y sin perjuicio de matices al descender al caso concreto, en la medida en que ello ya implica tener que configurar correctamente la red social para evitar el acceso de terceros y ello ya de por sí ya supone un peligro, entiendo que, mientras existan “redes sociales cerradas/Intranet” que no precisen ser configuradas para ser cerradas y sirvan para conseguir los objetivos perseguidos con la actividad docente, deben utilizarse estas últimas en detrimento de las primeras: las “redes sociales abiertas a terceros” no resultan necesarias por existir alternativas más seguras para el derecho a la propia imagen del menor.

es posible que en algunas ocasiones pueda resultar idóneo el uso de “redes sociales abiertas a terceros” para cumplir con ciertos objetivos educativos, pero me resulta muy difícil que estos mismos supuestos superen el juicio de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto que permitan imponer al menor de edad la utilización de su imagen en una “red social abierta a terceros”: primero, porque muy posiblemente los objetivos se puedan cumplir con el uso de una “red social cerrada/Intranet” y, segundo, porque la exposición de la imagen del menor realizando una actividad escolar en una “red social abierta a terceros” no creo que resulte lo suficientemente beneficiosa para el menor, a efectos educativos, que justifiquen el sacrificio de su derecho fundamental a la propia imagen.

En segundo lugar, también es necesario referirse a los “trabajos voluntarios” de los alumnos; esto es hay que referirse a aquellos trabajos de una asignatura que servirían exclusivamente para “incrementar la nota final de la asignatura”: estos trabajos no resultarían necesarios ni para aprobar ni para obtener la máxima puntuación en una asignatura concreta. Si estos “trabajos voluntarios” obligan al uso de la imagen del menor, siempre desde la perspectiva del juicio de proporcionalidad, hay que preguntarse si sería lícito “ofrecer” a los alumnos la posibilidad de realizar “trabajos voluntarios” a través de “redes sociales abiertas a terceros”. A mi juicio, ello solo es posible si se cumplen dos requisitos alternativos: a) que el trabajo no tenga ninguna incidencia en la nota de la asignatura en la que se desarrolla la actividad; b) que, teniendo alguna incidencia en la nota del alumno, este disponga de otra alternativa proporcional, pues, en caso contrario, entiendo que no se estaría ante un “trabajo estrictamente voluntario”, sino en una exigencia para obtener ese plus de nota que permite ese “trabajo voluntario”, con lo cual, se estaría exigiendo indirectamente al alumno que sacrificase su derecho a la propia imagen. En todo caso, en la medida en que se esté ante un supuesto en el que no se pueda imponer el uso de las redes sociales, se precisará del consentimiento de los representantes legales del menor -siempre que estos no tengan capacidad de obrar suficiente para decidir- para que el menor pueda utilizar su imagen en una red social a través de un “trabajo voluntario”.

3. Las redes sociales como medio para informar a los representantes legales de la educación de sus representados.

En el ámbito escolar, las redes sociales, como regla general, se usarán con fines pedagógicos y educativos, pero no hay que descartarlas como medio de comunicación entre el centro docente y el profesorado con los representantes legales de los alumnos. Esta comunicación puede incluir tanto imágenes de los alumnos, como fotografías o vídeos de sus actividades (por ejemplo, un vídeo mientras los alumnos están trabajando en el aula o están de excursión). Por tanto, aquí hay que plantearse si el centro docente, en general, o un profesor,

en particular, pueden utilizar las redes sociales para enviar fotografías o vídeos de los alumnos a los representantes legales de estos sin necesidad de recabar el consentimiento de los propios alumnos o el de sus representantes legales.

En estos casos, este uso de las redes sociales debe someterse nuevamente al juicio de proporcionalidad³⁸, debiendo distinguir también entre las “redes sociales abiertas a terceros” y las “redes sociales cerradas/Intranet”. El uso de “redes sociales abiertas a terceros” entiendo que resulta absolutamente inadmisibles si no existe previa autorización del alumno, siempre que tiene capacidad para ello, o de su representante legal, en caso contrario: en este caso me resulta obvio que se pueden obtener los mismos resultados con las “redes sociales cerradas/Intranet”, que resultan mucho menos gravosas para el derecho fundamental a la propia imagen del menor de edad.

En cambio, el uso de las “redes sociales cerradas/Intranet” me parece razonable como medio para informar a los representantes legales de las más diversas actividades de sus representados, siempre y cuando la información (imagen) se incardine en el desarrollo normal de las actividades educativas, la información (imagen) no suponga, por las razones que sean, una minusvaloración de la dignidad del menor y que la divulgación de la información (imagen) se circunscriba a los representantes legales de los compañeros de aula del alumno en cuestión, salvo que, por la propia naturaleza de la actividad, no sea posible discriminar la imagen del menor de otros de otras aulas, por ejemplo, cuando se trate de las imágenes de una excursión en la que participa más de una aula y los alumnos se entremezclan (desde la perspectiva de la protección de datos, podría entenderse que es de aplicación el art. 6.1.f³⁹ RGPD (UE) -Reglamento al que me referiré especialmente en el epígrafe II de este estudio).

En cualquier caso, creo necesario hacer, al menos, dos observaciones. En primer lugar, en la medida en que el uso de la imagen del menor tenga como finalidad informar a los representantes legales de las actividades que desarrollan los menores de edad como alumnos, los representantes legales que accedan a estas imágenes, siempre que en ellas aparezcan alumnos que no sean sus representados legales, no podrán hacer uso de ellas y, por tanto, no podrán difundirlas por ningún medio (salvo que exista consentimiento de los afectados): ya no existiría la causa que justifica el uso de la imagen del menor sin autorización de este o de sus representantes legales.

38 Me he referido al juicio de proporcionalidad en el punto anterior (¿Se puede imponer el uso de las redes sociales a los menores en el ámbito escolar en detrimento de su propia imagen?).

39 “1. El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones: [...] f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño [...]”.

En segundo lugar, si bien entiendo que es posible el uso de “redes sociales cerradas/Intranet” sin necesidad de recabar el consentimiento de los menores de edad o de sus representantes legales, en la medida en que está en juego un derecho fundamental, el derecho a la propia imagen, el centro escolar o el profesor *deben informar previamente*⁴⁰ del tipo de “red social cerrada/Intranet” que se va a utilizar y en relación a qué concretas actividades (información que puede ser más o menos genérica según lo que razonablemente se pueda esperar que ocurra durante la actividad: así, por ejemplo, cuando los alumnos hagan salidas del centro escolar, como pueden implicar situaciones muy variadas, entiendo que los representantes legales deben ser informados específicamente de cada una de ellas; en cambio, de las actividades típicas de aula, basta una referencia genérica –de las actividades extraordinarias de aula sí que debería informarse previamente) -arts. 12⁴¹, 13 y 14⁴², entre otros, RGPD (UE), con el fin de que los propios alumnos o sus representantes legales, si los primeros no tienen capacidad de obrar suficiente⁴³, puedan ejercer el derecho de oposición del art. 21.I RGPD (UE): *“El interesado tendrá derecho a oponerse en cualquier momento, por motivos relacionados con su situación particular, a que datos personales que le conciernen sean objeto de un tratamiento basado en lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1, letras e) o f), incluida la elaboración de perfiles sobre la base de dichas disposiciones. El responsable del tratamiento dejará de tratar los datos personales, salvo que acredite motivos legítimos imperiosos para el tratamiento que prevalezcan sobre los intereses, los derechos y las libertades del interesado, o para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones”* (la cursiva es mía). En el caso de que se ejerza el derecho de oposición, deberán ponderarse no solo los intereses del menor afectado, sino también de los intereses de los otros alumnos cuyos representantes legales sí

- 40 El deber de informar previamente se deduce del juego de los derechos fundamentales en juego y de los titulares afectados: en efecto, entiendo que, al tratarse de imágenes de un menor, que por tal condición es un sujeto especialmente protegido, que la situación particular del menor o de sus propios representantes legales podrían exigir que se valorasen otros derechos fundamentales, como su integridad física o síquica, y el deber de buena fe en sus actuaciones del centro escolar (art. 7 CC), obligan a un actuar muy cauto por parte del centro escolar y, por tanto, le obligan a informar previamente al menor o al representante legal del menor, según proceda.
- 41 Que regula el principio de transparencia de la información: “El responsable del tratamiento tomará las medidas oportunas para facilitar al interesado toda información indicada en los artículos 13 y 14, así como cualquier comunicación con arreglo a los artículos 15 a 22 y 34 relativa al tratamiento, en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo, en particular cualquier información dirigida específicamente a un niño [...]” (art. 12.1).
- 42 Los arts. 13 y 14 regulan, respectivamente, la información que deberá facilitarse cuando los datos personales se obtengan del interesado y la información que deberá facilitarse cuando los datos personales no se hayan obtenido del interesado. En ambos casos se exige que se informe, entre otras cosas, de los fines del tratamiento a que se destinan los datos personales, así como la base jurídica del tratamiento (arts. 13.1.c y 14.1.c), y de los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos personales, en su caso (arts. 13.1.e y 14.1.e). En el primer caso, también se exige que se informe de los intereses legítimos del responsable o de un tercero cuando el tratamiento se base en el artículo 6, apartado 1, letra f) (art. 13.1.d) y, en el segundo caso, de las categorías de datos personales de que se trate (arts. 14.1.d).
- 43 El art. 12.6 LOPDDG dispone: “En cualquier caso, los titulares de la patria potestad podrán ejercitar en nombre y representación de los menores de catorce años los derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición o cualesquiera otros que pudieran corresponderles en el contexto de la presente ley orgánica”.

quieren ser informados mediante imágenes de las actividades que realizan sus representados, pues los intereses de estos últimos podrían prevalecer⁴⁴. En el caso de ser procedente el derecho de oposición, si este se ejercita “a priori”, esto es, antes de reproducir la imagen de los alumnos, el centro escolar deberá evitar que se reproduzca la imagen del menor que ha ejercido el derecho de oposición e, incluso, no podrá “hacer fotografías o vídeos” si resulta imposible “apartar” al menor de la reproducción de las imágenes.

4. ¿La libertad de información puede justificar el uso de la imagen del menor sin el consentimiento del menor o de sus representantes legales?

El conflicto entre los derechos fundamentales del art. 18 Constitución (honor, intimidad y propia imagen) y las libertades públicas del art. 20 Constitución (expresión e información) es un clásico. Centrándonos en nuestro caso, para determinar si debe prevalecer la propia imagen del menor o la libertad de información del centro escolar, deben aplicarse los criterios que se deducen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo⁴⁵. Como ya he dicho en otro lugar, “[...] puede afirmarse que si la información que se divulga tiene relevancia pública y es verídica, prevalecerá la libertad de información⁴⁶ sobre los derechos de la intimidad y de la propia imagen (el derecho al honor suele entrar en conflicto con la libertad de expresión). Para determinar si una información tiene relevancia pública o no, deben tenerse en cuenta las siguientes variables: a) si la noticia tiene trascendencia social; b) si ayuda a la “formación de la opinión pública como manifestación del pluralismo político”; c) si afecta a “personalidades públicas que ejercen funciones públicas” (o a personas que resultan implicadas en asuntos de relevancia o interés público), pues ven reducido el ámbito de protección que les otorga el derecho a la intimidad o el derecho a la propia imagen; d) si la información es emitida por los medios de comunicación social, entendidos como prensa, pues gozan de una protección especial en el ejercicio de la libertad de información; e) si la información afecta a víctimas de un delito⁴⁷ o a menores, pues, en cuyo caso su intimidad y su propia imagen están especialmente protegidos. Se puede afirmar

44 Incluso, se podría alegar la libertad de información de los representados/representantes que sí quieren que se reproduzca la imagen del grupo. Imaginemos la más que típica representación final de curso, abierta a “todo el mundo”, en la que los alumnos actúan o reciben algún reconocimiento: es más que razonable que los progenitores o tutores quieran reproducir dicha actuación. ¿Se podría impedir, por ejemplo, que se grabe la actuación del grupo porque alguien ejerce el derecho de oposición? No es posible establecer “a priori” una solución, pues pueden ser muchos los matices en cada caso: imaginemos que en el grupo existe un alumno que ha vivido en un hogar en el que han sufrido violencia tanto él como su madre y que ahora viven “escondidos” del agresor. Si la reproducción pudiera ser perjudicial para este menor y esta madre, ¿no deberían prevalecer los derechos del menor y de la madre sobre el derecho de información de los otros progenitores?

45 Véase GRIMALT SERVERA, P.: *La protección civil*, cit., pp. 85-97, así como la doctrina y jurisprudencia que se cita.

46 Entendida como derecho a investigar y/o divulgar hechos de terceros.

47 Véase al respecto, GRIMALT SERVERA, P.: “La protección de la dignidad de las víctimas de un delito (la reforma de la Ley Orgánica 1/1982 por la Ley Orgánica 5/2010)”, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, 2011, n° 25, pp. 98-106.

que si una información con trascendencia social es divulgada por la prensa afecta a “personalidad pública en el ejercicio de sus funciones públicas y no como menor o como víctima de un delito” y la información coadyuva a la “formación de la opinión pública como manifestación del pluralismo político”, sin duda, prevalecerá la libertad de información; en cambio, si la información es divulgada por un particular no tiene trascendencia social ni coadyuva a la “formación la opinión pública como manifestación del pluralismo político”, y además afecta a un menor o a una víctima de un delito, debe prevalecer el derecho a la intimidad o a la propia imagen sobre la libertad de información. Serían las dos situaciones extremas: en el resto de supuestos, se irán combinando las variables relacionadas, con mayor o menor intensidad, para determinar si debe prevalecer la libertad de información o si debe prevalecer el derecho [...] a la propia imagen [...].”⁴⁸.

Una vez expuestos los criterios jurisprudenciales generales que pueden servir para resolver el conflicto entre la propia imagen del alumno menor de edad y la libertad de información, ahora procede poner de relieve qué parámetros inciden muy especialmente en nuestro caso. En concreto, en el conflicto que se está analizando resulta esencial que: a) la imagen que se va a divulgar por el centro escolar es la de un menor de edad, sujeto especialmente protegido; b) la imagen que se va a divulgar, por regla general, no será la de una “personalidad pública” y mucho menos la de una “personalidad pública que ejerciendo funciones públicas”; c) es posible que ciertas actividades de los alumnos puedan tener cierta trascendencia social y, por tanto, ser susceptibles de ser consideradas informaciones de relevancia pública, pero, “a priori”, no se tratará de informaciones que coadyuven a la “formación de la opinión pública como manifestación del pluralismo político”. Pues bien, si es correcto lo que se acaba de exponer, resulta claro que los parámetros que son clave en la resolución del conflicto se inclinan a favor de la propia imagen del menor, por tanto, esta solo debe ceder ante la libertad de información del centro escolar en situaciones muy puntuales, pues, en nuestro caso, se estaría más cerca de la protección total de la propia imagen que de la prevalencia sin dudas de la libertad de información (recuérdese que lo que se plantea es la posibilidad de divulgar la imagen del alumno menor de edad sin consentimiento bien del menor bien de los representantes legales, según proceda).

Por tanto, no se descarta que el centro escolar pueda informar a través de “redes sociales abiertas a terceros” de las actividades que se desarrollan en el colegio o a través de él y que dichas informaciones vayan ilustradas con las imágenes de sus alumnos; ahora bien, considero que dichas informaciones ilustradas con imágenes, salvo que medie el correspondiente consentimiento del menor o de su representante legal, solo podrán divulgarse en situaciones muy puntuales. Así en primer lugar, hay que referirse a las actividades escolares “sin proyección pública”,

⁴⁸ Véase GRIMALT SERVERA, P.: “La protección de la dignidad”, cit., pp. 69-70.

esto es actividades que se realizan por y para los alumnos del centro y/o sus representantes legales (entre estos supuestos incluiría excursiones, acampadas, etc., sin perjuicio de matices). En estos casos, a mi juicio, el punto de partida es que no existe relevancia pública suficiente de la información y, en consecuencia, no cabe, en principio, el uso de la imagen del menor “redes sociales abiertas a terceros” bajo el amparo de la libertad de información.

En segundo lugar, cuando la actividad escolar tiene “implicaciones públicas” (por ejemplo, la visita a una institución pública, Parlamento, Ayuntamiento, siendo recibidos por las autoridades públicas; participación en eventos deportivos, culturales o sociales, como colegio integrante de una determinada ciudad), si bien con ciertas dudas, me inclinaría a dar prevalencia a la libertad de información siempre y cuando la imagen del menor fuera accesorio⁴⁹ y no fuera perjudicial para el menor (en su sentido más amplio -no solo pensando en proteger la dignidad personal del menor, sino también siendo conscientes que pueden existir situaciones de violencia de género o de violencia contra el propio menor que exijan una especial protección). Opino que aquí también es exigible que el centro escolar informe, “a priori”⁵⁰, a los representantes legales de dichas actividades si las mismas van a ser divulgadas con imágenes de los alumnos a través de “redes sociales abiertas a terceros”, para que se puede ejercer el derecho de oposición del art. 21.I RGPD (UE), al que ya me he referido en el epígrafe I.3.

En tercer lugar, si la imagen del menor no fuera accesorio, sino que fuere parte relevante de la información, entiendo que la libertad de información del centro escolar solo permitiría la divulgación de la imagen del menor si la información se refiere directamente al propio menor cuya imagen se divulga y dicha información tiene “relevancia pública suficiente”: por ejemplo, me parece razonable que si un alumno obtiene un premio por participar en un evento educativo abierto a todos los colegios de una ciudad o de una Comunidad Autónoma y, posteriormente, dicho premio se entrega en un acto público, el centro docente puede informar, a través de “redes sociales abiertas a terceros”, “a la sociedad” del éxito de su alumno y que dicha información vaya acompañada de la fotografía del menor cuando recoge el premio, todo ello sin perjuicio de que los representantes legales o el propio menor, llegado el caso, pudieran ejercitar el derecho de oposición del art. 21.I RGPD (UE).

49 El carácter accesorio de la imagen del menor se puede entender en un doble sentido: a) Que la imagen de una persona identificable aparezca incidentalmente en una fotografía o en la emisión de unas imágenes. En este caso, la imagen de la persona no puede ser el eje principal de la fotografía o de las imágenes emitidas, sino otra persona u otra realidad. b) Que la información gráfica sea accesorio a una noticia escrita o difundida; aquí el carácter accesorio de la imagen no se analizaría “ad intra”, esto es, respecto a la propia información gráfica, sino “ad extra”, es decir, en relación con la noticia que se divulga (la imagen de la persona aparece como principal en la información gráfica, pero la información gráfica sería accesorio respecto a la noticia que se divulga). Véase GRIMALT SERVERA, P.: *La protección civil*, cit., pp. 132-135.

50 Véase la nota a pie de página n° 41 de este estudio.

II. EL CONSENTIMIENTO

I. Consideraciones generales. El consentimiento debe ser específico

En aquellos casos en los que el uso de la imagen del menor no esté autorizada por la Ley o venga justificada por la aplicación de ciertos principios o por el ejercicio de algunos derechos que, en el caso concreto, prevalezcan sobre el derecho a la propia imagen del menor, será imprescindible la autorización del menor, siempre que este tenga capacidad de obrar suficiente o, en caso contrario, de los titulares de la patria potestad (o del tutor o de los tutores) del menor para que el uso de la imagen del menor pueda considerarse como lícita.

Para determinar el cómo debe ser el consentimiento, resulta imprescindible tener en cuenta el RGPD (UE)⁵¹, pues el RGPD (UE), que resulta de aplicación directa⁵² y preferente (en virtud del principio de primacía de las normas de la Unión Europea en el marco de sus competencias⁵³) en el Ordenamiento Jurídico español, regula el uso de cualquier dato personal, entre ellos, por tanto, el uso de la imagen de una persona -art. 1.1⁵⁴ en relación con el art. 4.1)⁵⁵, ambos del RGPD (UE).

El art. 4.II RGPD (UE) define el consentimiento del interesado como “toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen”. De los requisitos exigidos por el art. 4.II RGPD (UE), me quiero centrar en uno concreto: el consentimiento tiene que ser específico. ¿Cuál es el alcance de este requisito? Para dar mi opinión al respecto, partiré de un ejemplo habitual de solicitud de consentimiento: el

51 El RGPD (UE) resulta de aplicación desde el 25 de mayo de 2018, de acuerdo con lo previsto en su art. 99.2 RGPD (UE).

52 Art. 99.2, segundo párrafo, RGPD (UE): “El presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”.

53 Art. 16.2, primer párrafo, en relación con el art. 288, segundo párrafo, ambos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea -TFUE, a partir de ahora.

Art. 16.2, primer párrafo, TFUE: “El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y sobre la libre circulación de estos datos. El respeto de dichas normas estará sometido al control de autoridades independientes”.

Art. 288, segundo párrafo, del TFUE: “El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”.

54 “El presente Reglamento establece las normas relativas a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y las normas relativas a la libre circulación de tales datos”.

55 El art. 4.1) RGPD (UE) define dato personal como “toda información sobre una persona física identificada o identificable (“el interesado”); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona” (la cursiva es mía).

consentimiento para publicar imágenes en las redes sociales de las actividades que realizan los alumnos (por ejemplo, de las excursiones). ¿Es suficiente con solicitar el consentimiento para publicar imágenes de los alumnos en “las redes sociales” sin más especificaciones? ¿Es suficiente con solicitar el consentimiento para publicar imágenes de los alumnos hechas “durante las excursiones del centro” sin más especificaciones?

Para determinar cuándo se concreta suficientemente la finalidad del tratamiento para que pueda considerarse que se adecua al art. 4.II RGPD (UE), me parece muy razonable el planteamiento que tiene las agencias españolas de protección de datos al respecto: “Deben evitarse prácticas tales como incluir finalidades demasiado genéricas o inespecíficas, que puedan conducir a tratamientos posteriores que excedan las expectativas razonables del interesado”⁵⁶.

Pues bien, teniendo en cuenta la doctrina que se acaba de exponer y sin dejar de tener presente, primero, que se está ante un supuesto en el que no prevalece ni el derecho/deber fundamental de educación, ni los derechos de los representantes legales, ni por la libertad de información, y, segundo, que la imagen que se ve afectada es la de un menor de edad, sujeto especialmente protegido, entiendo que se debe ser razonablemente exigente en la concreción de las finalidades de recogida de la imagen del menor. Así, en el caso solicitar el consentimiento para divulgar la imagen a través de las redes sociales, la persona que presta el consentimiento tiene que ser muy consciente de las concretas redes sociales en las que autoriza que se divulgue la imagen del menor: entiendo que el consentimiento para divulgar la imagen del menor en “las redes sociales”, sin más consideración, no sería válido, habida cuenta de su diversidad y heterogeneidad, salvo que lo entendamos circunscrito a aquellas redes sociales que está utilizando el centro educativo en el momento de recabar el consentimiento del menor (o de sus representantes legales), siempre que fueran conocidas por el que presta el consentimiento. Tampoco sería válido recabar el consentimiento para divulgar imágenes de los alumnos hechas “durante las excursiones del centro” sin más especificaciones: cada excursión puede tener sus propias características (no es lo mismo una excursión a un museo que una excursión que pueda terminar con un chapuzón en la playa), por lo que cada una de ellas precisaría de un consentimiento específico para publicar la imagen del menor en las redes sociales del centro escolar.

56 Guía para el deber de informar, p. 7 (guía conjunta de la Agencia Española de Protección de Datos, de la Autoritat Catalana de Protecció de Dades, y de la Agencia Vasca de Protección de Datos).
Fuente: <https://www.aepd.es/media/guias/guia-modelo-clausula-informativa.pdf>

2. El consentimiento del menor (I): los 16 años como punto de partida (de momento) - en el marco de los servicios de la sociedad de la información.

El RGPD (UE) es el punto de partida para determinar si el menor de edad tiene capacidad de obrar suficiente para autorizar que su imagen sea utilizada por el centro docente, pues considera que los menores de 16 años tienen capacidad para consentir válidamente en el tratamiento de sus datos personales en los servicios de la sociedad de la información. Esto supone que los menores, cuando cumplan los 16 años, serán los que deban decidir si sus datos pueden ser tratados o no en las redes sociales: “Cuando se aplique el artículo 6, apartado 1, letra a)⁵⁷, en relación con la oferta directa a niños de servicios de la sociedad de la información, el tratamiento de los datos personales de un niño se considerará lícito cuando tenga como mínimo 16 años [...]” (art. 8.1, primer inciso, RGPD (UE)).

Antes de continuar, creo que resulta absolutamente necesario especificar que el criterio de los 16 años se establece para consentir en relación con los servicios de la sociedad de la información, no en otros casos. Por ejemplo, si la imagen del menor no se va a utilizar en las redes sociales o en aplicaciones que puedan suponer un servicio de la sociedad de la información, el art. 8.1, primer inciso, RGPD (UE), no resultaría de aplicación, siendo plenamente aplicables las normas españolas.

Ahora bien, entiendo que el art. 8.1, primer inciso, RGPD (UE), que permite a los menores que hayan cumplido los 16 años decidir si sus datos pueden ser tratados en las redes sociales, colisiona con el art. 4.3 LOPJM: “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”.

En efecto, como he defendido recientemente, entiendo que el art. 4.3 LOPJM impide que el consentimiento de los menores de 18 años (o el de sus representantes legales)⁵⁸ sirva para justificar una intromisión en su derecho al

57 “El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones: [...] a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos”.

58 “[...] El art. 4.3 LOPJM no distingue entre menores emancipados y menores no emancipados, por lo que surgen dudas de si los menores de edad emancipados también están sujetos a las limitaciones de capacidad que impone este precepto, pues la LOPJM también les resultaría de aplicación ex art. 1 LOPJM [...]: ‘La presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad’. Sin embargo, dos argumentos concatenados permiten entender que los menores emancipados están excluidos del ámbito de aplicación del art. 4.3 LOPJM: a) la propia finalidad del art. 4.3 LOPJM, pues se configura como una norma complementaria (no entra en colisión) [...] de la LO 1/1982, y en concreto de las reglas que regulan la prestación del consentimiento de los menores de edad no emancipados (del art. 3.2 LO 1/1982); si la finalidad del art. 4.3 LOPJM es la de reforzar la protección que

honor, en su intimidad personal o familiar o en su propia imagen, siempre que dicha intromisión se lleve a cabo a través de una red social “con vocación de ser pública y sin fronteras”⁵⁹ y suponga un menoscabo en la honra o en la reputación del menor.

Esta colisión entre el RGPD (UE) y la LOPJM puede resolverse de dos formas distintas. En primer lugar, podría interpretarse el art. 4.3 LOPJM únicamente en relación con el art. 8.1, primer inciso, RGPD (UE), lo que llevaría a restringir la aplicación del art. 4.3 LOPJM a aquellos supuestos en los que el menor no haya

configura la LO 1/1982 en relación con el consentimiento que pueden otorgar los menores no emancipados, entonces cabe concluir que el art. 4.3 LOPJM no es de aplicación a los menores emancipados (siempre en el bien entendido que los menores emancipados están excluidos del art. 3.2 LOPJM); b) en caso de duda interpretativa, puede acudirse al principio plasmado en el art. 2.1, primer inciso del segundo párrafo, LOPJM, ‘Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva [...]’ y resolver siempre a favor de la mayor capacidad del menor [...]. Los argumentos anteriores me parecieron suficientes en su momento para entender que los menores de edad emancipados estaban excluidos del ámbito de aplicación del art. 4.3 LOPJM; sin embargo, hoy, otros dos argumentos vinculados, me llevan a pensar que los menores emancipados están sujetos a lo previsto en el art. 4.3 LOPJM: a) en primer lugar, si bien es cierto que el art. 2.1, segundo párrafo, dispone que las normas limitativas de la capacidad del menor se interpretarán restrictivamente, no lo es menos que en el actual inciso final de este segundo párrafo (de 2015), dispone que las limitaciones de capacidad se interpretarán de acuerdo con el interés superior del menor, pero añade este precepto que dicha interpretación será ‘en todo caso’ y ‘siempre’, por tanto, se trataría de una regla que tiene que aplicarse incluso aunque entre en contradicción con la primera (las limitaciones de capacidad del menor se interpretarán restrictivamente): como ya se ha indicado, en la medida en que las actuaciones del menor en las redes sociales pueden tener unos efectos personales devastadores, de presente y de futuro, en la medida en que las autorizaciones que pueda dar al menor en su propio menoscabo, como regla general nunca no le van a suponer beneficio alguno (y mucho menos un beneficio, personal o económico, que compense el menoscabo personal sufrido) [...], en la medida en que esa especial protección del menor de edad pueda entenderse que forma parte del contenido esencial de sus derechos fundamentales (como el honor, la intimidad o la propia imagen), pues recuérdese que ese contenido está conformado por dos parámetros, siendo uno de ellos [...] aquella parte [...] que resulta absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos [...]’ (es decir, las garantías necesarias para la preservación del derecho son parte de su contenido esencial), permiten interpretar que los menores emancipados también están sujetos al art. 4.3 LOPJM; b) esta interpretación no es extraña en nuestro Ordenamiento Jurídico, pues el CP, después de disponer en su art. 183quater que ‘El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez’ (por tanto, después de reconocerle capacidad general para decidir sobre sus relaciones sexuales), el art. 189.1.a) CP dispone ‘El que capture o utilice a menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas’, siendo una agravante el utilizar menores de dieciséis años (art. 189.2.a) CP): es decir, aunque se reconoce la capacidad, a partir de los dieciséis años, de decidir en el ámbito de la libertad sexual, esta libertad se restringe cuando su ejercicio pueda derivar en un “menoscabo intolerable” en la dignidad del menor de 18 años (emancipado o no), no admitiéndose el consentimiento del menor de 18 años como causa de justificación de la conducta descrita en el art. 189.1.a) CP [...]’ (GRIMALT SERVERA, P.: *La responsabilidad civil por los daños causados a la dignidad humana por los menores en el uso de las redes sociales*, Granada, 2017, pp. 48-50).

- 59 Respecto a la que debe entenderse por medio de comunicación a los efectos del art. 4.3 LOPJM, y definiendo una red social como una “plataforma digital de comunicación global que pone en contacto a gran número de usuarios” (RAE), entiendo que si sería “[...] posible calificar las redes sociales como medios de comunicación, pero la cuestión es si se pueden equiparar a la idea de medio de comunicación del art. 4.3 LOPJM, en el sentido “de eco” de lo que implica como medio de comunicación la prensa escrita, la radio o la televisión. No creo que se pueda generalizar la consideración de medio de comunicación a los efectos del art. 4.3 LOPJM a toda red social, pero sí que entiendo que aquellas que ‘tienen vocación de ser públicas y sin fronteras’, como por ejemplo *Facebook* o *Twitter*, pueden ser equiparadas, pues pueden tener el mismo eco que pueda tener un medio de comunicación tradicional, mientras que las que tienen vocación de redes restringidas, como *WhatsApp*, no responderían a los criterios de medio de comunicación del art. 4.3 LOPJM, por lo que no les resultaría de aplicación. En cualquier caso, es una cuestión que genera sus dudas entre la doctrina [...]’ (GRIMALT SERVERA, P.: *La responsabilidad civil*, cit., pp. 47-48).

alcanzado los 16 años. Esto significaría que los menores con 16 años cumplidos podrían autorizar el uso de sus datos en cualquier tipo de red social, aunque ello supusiera un menoscabo en su honra o reputación.

Ahora bien, y en segundo lugar, no solo se puede interpretar el art. 4.3 LOPJM con el art. 8.1, primer inciso, RGPD (UE), sino también se puede (y entiendo que se debe) interpretar el art. 4.3 LPJM con el art. 9, apartados 1⁶⁰ y 2.a)⁶¹ RGPD (UE), en cuyo caso se podría entender que el consentimiento del menor para el tratamiento de sus datos en las redes sociales es válido, aunque la información que autorice a tratar suponga un menoscabo en su dignidad, salvo que los datos merezcan una protección especial (“categorías especiales de datos”): esto es, los que “[...] revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales [...]” del menor. Entiendo que interpretar el art. 4.3 LOPJM con el art. 8.1, primer inciso, RGPD (UE), y con el art. 9, apartados 1 y 2.a) RGPD (UE), es la interpretación adecuada, no solo porque la misma permite un adecuado encaje entre el vigente art. 4.3 LOPJM y el RGPD (UE); sino porque dicha interpretación es la que mejor se adecua, a mi juicio, a uno de los principios que emana del art. 2.1, segundo párrafo, LOPJM: “Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, *siempre en el interés superior del menor*”⁶². En cualquier caso, el tratamiento de fotografías no podrá considerarse un tratamiento de datos especialmente protegido “per se” (no se integra “per se” en las “categorías especiales de datos”): “[...] El tratamiento de fotografías no debe considerarse sistemáticamente tratamiento de categorías especiales de datos personales, pues únicamente se encuentran comprendidas en la definición de datos biométricos cuando el hecho de ser tratadas con medios técnicos específicos permita la identificación o la autenticación unívocas de una persona física [...]” (considerando 51 del RGPD (UE)).

60 “Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las *orientaciones sexuales* de una persona física”.

61 “El apartado 1 no será de aplicación cuando concurra una de las circunstancias siguientes: [...] a) el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados, *excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado*” (la cursiva es mía). Si un Estado miembro permite prohibir por completo su tratamiento, puede limitar la prohibición al tratamiento de los datos de categorías especiales de los menores: “quien puede lo más, puede lo menos”.

62 La cursiva es mía.

3. El consentimiento del menor (II): las condiciones de madurez del menor que no ha cumplido los 16 años, siempre que sea mayor de 13 años. Panorama legislativo antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDDG)

De acuerdo con el art. 8.1, segundo inciso del primer párrafo, RGPD (UE), si el menor de edad no ha alcanzado los 16 años, corresponderá a sus representantes legales decidir sobre el uso de la imagen del menor: “[...] el niño es menor de 16 años, tal tratamiento únicamente se considerará lícito si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó”

Ahora bien, el art. 8.1, segundo párrafo, RGPD (UE) permite a los Estados “rebajar” a los 13 años la edad a partir de la cual los menores de edad puedan consentir válidamente sobre el uso de sus datos y, por tanto, de su imagen: “Los Estados miembros podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esta no sea inferior a 13 años”. Siendo esto así, hay que tener presente lo que dispone el art. 3.1 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 -LO 1/1982- (en relación con el art. 162.1 Código Civil⁶³): “El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil”. Entiendo que el art. 3.1 LO 1/1982 sigue estando en vigor; pues no entra en conflicto con el RGPD (UE), salvo en un detalle: los menores que no hayan cumplido los 13 años no podrán decidir válidamente sobre el uso de su imagen; por tanto, ya no cabrá plantearse si un menor que no ha alcanzado los 13 años tiene las condiciones de madurez suficientes para emitir un consentimiento válido que justifique el tratamiento de sus datos en una red social.

Pero no solo se pueden tener en cuenta las condiciones de madurez del menor que ha cumplido los 13 años, pero no aún los 16 años, para determinar si este puede decidir válidamente sobre el uso de su imagen, también cabe plantearse si se pueden tomar como referente los 14 años, y no tanto por lo que disponía el art. 13.1 RPDP⁶⁴, pues de forma reiterada venía defendiendo que no podía

63 “Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. [...] Se exceptúan: [...] 1.º 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”.

64 “Podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores” (art. 13.1 Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal).

tomarse como referente⁶⁵, sin perjuicio de que en la práctica fuese la norma de referencia para determinar la capacidad del menor en materia de “protección de datos”, sino por lo que cabría deducir de la LORPM, al conjugar la idea de responsabilidad por culpa con capacidad de obrar suficiente para decidir. Esto es, si al menor que no ha cumplido los 16 años, pero sí 14 años, se le puede considerar responsable penal (art. 1.1 LORPM⁶⁶) y civil (art. 61.3 LORPM⁶⁷) por los daños causados a la imagen (y al honor y a la intimidad) de terceros por una conducta delictiva⁶⁸, el Ordenamiento Jurídico vendría a reconocer que el menor de edad tiene condiciones de madurez suficientes para entender el alcance de sus actos y, por tanto, de acuerdo con el art. 3.1 LO 1/1982, podría decidir sobre el uso de su imagen. En efecto, como ya he dicho en otro lugar: “[...] Otro posible criterio a tener en cuenta son los 14 años como edad a partir de la cual entender que el menor tiene madurez intelectual y volitiva suficiente para comprender el alcance de sus actos, pues a partir de los 14 años la LORPM no

65 Decía en GRIMALT SERVERA, P.: “Los menores e internet: capacidad versus protección de la vida privada”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 188-189, esta norma “[...] a mi juicio, viene a distorsionar todo el sistema normativo en cuanto a la capacidad del menor para tomar decisiones: se trata del [...] [RPDP]. El art. 13.1 RPDP dispone que autoriza el tratamiento de los datos personales de los mayores de 14 años si consta el consentimiento de éste: “Podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores”; datos personales que en el RPDP se definen como: “cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquiera otro tipo” (art. 5.1.f RDPD). El primer inciso de este art. 13 RPDP permitiría que menor mayor de 14 años pudiera autorizar el tratamiento de su información gráfica, fotográfica, permitiría a un menor de edad de 14 años y 1 día autorizar que una fotografía suya, en situaciones totalmente comprometidas, pudiera ser tratada por una tercera persona; ahora bien, creo que el primer inciso del art. 13 RPDP pierde toda eficacia respecto a los datos íntimos y a la propia imagen cuando dispone que a partir de los 14 años se tendrá capacidad para consentir el tratamiento de sus datos “[...] salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela [...]”. Pues bien, tanto la LO 1/1982 como el Código Civil exigen que para el menor pueda ejercitar los derechos de la personalidad el menor tenga condiciones de madurez suficientes, incluso, si aplicamos la LOPJM el consentimiento del menor no sería válido en ningún caso si ese consentimiento resulta contrario a sus intereses. Es por eso que, a mi juicio, cuando se trate de una información íntima del menor o de su propia imagen, serán las condiciones de madurez suficiente del menor que determinarán la validez del consentimiento del menor (1/1982 y el Código Civil) o simplemente el consentimiento no será válido si la información debe emitirse para un medio de comunicación y la información es perjudicial para el menor (LOPJM) [...]”. “[...] Problemas distintos presenta la obtención del consentimiento del menor cuando los datos no son íntimos o no afectan a la propia imagen del menor. Creo que la aplicación del art. 13.1 RDPD dependerá de cómo se configure el derecho a la protección de datos personales. ¿Es un derecho de la personalidad? Si la respuesta es afirmativa, entonces opino que lo procedente es la aplicación del art. 162.1 CC; si no es un derecho de la personalidad, entonces sí que cabe plantearse la aplicación del art. 13.1 RDPD [...]”.

66 “Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales”.

67 “Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos” (la cursiva es mía).

68 No más que habituales las conductas que menoscaban en las redes sociales la dignidad humana; conductas que, pudiendo implicar el uso ilícito de imágenes de un tercero, como el “ciberbullying”, el “ciberbaiting”, el “sexting”, el “child grooming”, el “sextorsion”, podrían llegar a calificarse como delito: por ejemplo, injurias (art. 208, primer párrafo, Código Penal), calumnias (art. 205 Código Penal), revelación de secretos (art. 197.1 Código Penal), coacciones ilícitas o *stalking* (art. 172.ter.1 Código Penal), delitos contra la libertad sexual o identidad sexual (art. 183.ter Código Penal), o delitos contra la integridad moral (art. 173.1, primer párrafo, Código Penal). Véase GRIMALT SERVERA, P.: *La responsabilidad civil*, cit., pp. 6-8.

solo entiende que puede responder penalmente, sino también civilmente por los daños causados (art. 61.3 LORPM)⁶⁹. [...]. Con ello, qué se quiere decir: parece muy claro que nuestro Ordenamiento Jurídico considera que las personas que han cumplido 14 años tienen capacidad para entender el “disvalor” de las conductas descritas como delitos y tienen capacidad volitiva suficiente para decidir no llevar a cabo esas conductas calificadas como delitos; ahora bien, cabría preguntarse si esto es trasladable a todas las “conductas extracontractuales” de la vida del menor, ya que, muy posiblemente, se pueda afirmar que existen conductas que, por su complejidad o por simple falta de experiencia o madurez, no permiten al menor vislumbrar todas las consecuencias negativas de ello (aunque no creo que esto se trasladable a los daños que causen a través de las redes sociales, sin perjuicio de alguna excepción: por ejemplo, cuando los daños hayan sido fruto de la intervención de un tercero en forma de hacker). Esto no significa que si la conducta no es delictiva no se puedan tomar como referente los 14 años para determinar la imputabilidad civil del menor, pero como presunción: esto es, se puede presumir que, a partir de los 14 años, los menores de edad pueden ser responsables civiles ex art. 1902 CC, salvo que se acredite que sus condiciones de madurez no eran suficientes para poder entender el alcance de su conducta⁷⁰. En cambio, si la conducta puede ser calificada como delito, haya o no sentencia penal condenatoria, entonces sí que hay que concluir que el Ordenamiento Jurídico considera a los menores con facultades de discernimiento suficientes para ser responsables civiles (y penales); en consecuencia, no cabría el criterio de corrección de las condiciones de madurez suficientes, salvo casos excepcionales (entiendo,

69 Así, la Audiencia Provincial de Barcelona afirma, en “obiter dictum”, la responsabilidad civil de los menores de edad que hayan cumplido los 14 años: “[...] Sin duda esa capacidad de discernimiento (capacidad natural) se presupone a los menores de edad desde que cumplen los catorce años, ya que desde ese momento se les considera responsables penal y civilmente de los hechos que puedan cometer (artículo 1 LORPM [...]) y también se les habilita entre otras cosas para prestar declaración en juicio (artículo 361 LEC) [...]” (SSAP Barcelona -sección 16^a- 25 julio 2012 -JUR 2012, 293975- y 19 enero 2012 -JUR 2012, 92111). En cualquier caso, es necesario puntualizar que las aseveraciones que se acaban de transcribir son “obiter dicta” en las SSAP Barcelona, pues en una condena a unos menores de doce años y en otra absuelve a un menor con trastorno mental.

70 Sin perjuicio de lo que se ha expuesto sobre el art. 13.1 RPDP en la nota a pie de página 65 de este estudio, también decía en relación con ese art. 13.1 RPDP: “[...] no deberían ser los 14 años los que determinasen la capacidad del menor para otorgar consentimiento válido para que un tercero trate sus datos, sino sus condiciones de madurez. Ahora bien, sí que es cierto que tener 14 años o más, en virtud del principio de normalidad, puede suponer una presunción de madurez suficiente para otorgar el consentimiento que exige la LOPD y tener menos de 14 años permite una presuponer de que no se tiene esa madurez, pero solo se trataría de una presunción: un menor con menos de 14 años maduro podría otorgar consentimiento, pero un menor con más de 14 años inmaduro, no podría otorgar consentimiento [...]” (GRIMALT SERVERA, P.: “El consentimiento y el tratamiento con fines publicitarios y prospección comercial”, en AA.VV.: *El Reglamento de Protección de Datos. Aspectos clave*, UOC, Barcelona, 2008, pp. 74-75). Véase también BATUECAS CALETRÍO, A.: “El control de los padres sobre el uso de que sus hijos hacen de las redes sociales”, en AA.VV.: *En torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información*, Comares, Granada, 2015, pp. 152-153. Además, si se tiene en cuenta del actual art. 1.2 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor -LRCSVM, a partir de ahora, podría decirse que existe una tendencia a considerar los 14 años como punto de inflexión para poder atribuirles capacidad de discernimiento suficiente para distinguir entre conductas diligentes o negligentes. En efecto, el art. 1.2 LRCSVM considera relevante la culpa de los menores con 14 años, como culpa de la víctima, a los efectos de poder reducir la indemnización a la que tendría derecho el menor como víctima de un accidente de circulación.

aunque con dudas, que podrían ser los mismos que permiten la exoneración de la responsabilidad penal por inimputabilidad, porque en estos casos, el legislador considera que el menor no tiene capacidad para entender el alcance de sus actos) [...]”⁷¹.

En definitiva, y sin perjuicio de lo que se dirá en el epígrafe II.4 siguiente, a mi juicio, en relación con los menores de edad que aún no han cumplido los 16 años, hay que aplicar las siguientes reglas: A) si el uso de la imagen del menor en las “redes sociales abiertas a terceros” supone un menoscabo de su honra o de su reputación, o es contraria a sus intereses, ese uso en ningún caso puede venir legitimado por el consentimiento ni del menor ni de sus representantes legales. B) Si el menor no ha cumplido los trece años, en todo caso, corresponde a los representantes legales decidir sobre el uso de la imagen del menor (art. 8.2 RGPD (UE)), sin perjuicio de algún que otro matiz al que me referiré más adelante. C) A partir de los 14 años se puede presumir que, en abstracto, el menor tiene capacidad de obrar suficiente para decidir sobre el uso de la imagen (principio general que cabría deducir de nuestro Ordenamiento Jurídico): C1) ahora bien, si en el caso concreto se desvela que el menor no tenía las condiciones de madurez suficiente para entender el alcance de su consentimiento, este no será válido; C2) y a la inversa: si se pudiera probar que el menor con 13 años cumplidos podía entender el alcance de su consentimiento, al ser sus condiciones de madurez suficientes, se podría plantear la validez de su consentimiento (art. 3.1 LO 1/1982)⁷² - aunque, como se dirá en el II.4, es muy posible que la recién LOPDDG impida que un menor de 13 años pueda consentir por sí solo.

4. El consentimiento del menor (III): la incidencia de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDDG) en la prestación del consentimiento del menor de edad

El pasado 7 de diciembre de 2018 entró en vigor la LOPDDG, por lo que resulta imprescindible analizar cómo incide dicha norma en la capacidad de obrar del menor no emancipado. Pues bien, el punto de partida debe ser el art. 7 LOPDDG que regula cuándo un menor de edad podrá autorizar por sí solo el tratamiento de sus datos personales. El art. 7 LOPDDG distingue entre los menores que han cumplido 14 años y menores que no han cumplido aún los 14 años.

En relación con los menores que han cumplido los 14 años, el art. 7.1, primer párrafo, LOPDDG dispone: “El tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años”. Por tanto, de este primer párrafo del art. 7.1 LOPDDG se

⁷¹ GRIMALT SERVERA, P.: *La responsabilidad civil*, cit., pp. 40-42.

⁷² Véanse las sentencias citadas en la nota a pie de página 69 de este estudio.

deduce que los menores de edad que hayan cumplido 14 años podrán autorizar el tratamiento de sus datos por sí solos. Ahora bien, el segundo párrafo del art. 7.1 LOPDDG entiendo que modifica muy significativamente la “extensión literal” del primer párrafo del art. 7.1 LOPDDG, pues dispone: “Se exceptúan los supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento”.

Pues bien, de la interpretación conjunta de los dos párrafos del art. 7.1 LOPDDG, creo que pueden sacarse las siguientes conclusiones: 1) Los menores de edad emancipados pueden prestar su consentimiento siempre por sí solos, pues no están sometidos ni a patria potestad ni a tutela. 2) En la medida en que, a mi juicio, el segundo párrafo del art. 7.1 LOPDDG tiene su sentido respecto a las regulaciones ya existentes, pues para las normas posteriores a la LOPDDG no haría falta, ya que en virtud del principio de posterioridad o el de especialidad resultaría clara su aplicación preferente respecto a este art. 7.1 LOPDDG, y en la medida en que dicho párrafo se refiere tanto a actos como a negocios jurídicos, hay que entender que en el mismo se integran situaciones en las que el menor que ha cumplido 14 años preste su consentimiento tanto unilateralmente (por ejemplo, autorizaciones que incidan en su vida privada o en su propia imagen) como en un negocio jurídico bilateral (contrato), por lo que resultan de aplicación tanto el art. 162.1 CC como el art. 3.1 LO 1/1982 y el art. 4.3 LOPJM, siempre interpretados en relación con el RGPD (UE) (véase epígrafe II.3 de este estudio): esto significa que, en aquellos casos en los que los datos a tratar afecten al honor, a la intimidad o a la propia imagen del menor que ya ha cumplido los 14 años, su consentimiento solo será válido si tiene las condiciones de madurez suficientes, aunque, de acuerdo con el art. 162 CC, “los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia”, intervención o control que se refuerza en el art. 84.1. LOPDDG, cuando los menores hagan uso de internet: «Los padres, madres, tutores, curadores o representantes legales procurarán que los menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de los servicios de la sociedad de la información a fin de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y sus derechos fundamentales»⁷³ 3) En consecuencia a lo expuesto justo ahora, la aplicación del art. 7.1, primer párrafo, LOPDDG se circunscribiría exclusivamente a aquellos datos que no fueran íntimos o que no afectasen a la propia imagen del menor o a su dignidad (honor).

73 Aunque este precepto podría ser contrario a la RGPD (UE), pues permite el control del consentimiento que preste un menor de edad emancipado (cuando se trata de menores de edad, la existencia de un curador solo es posible cuando el menor de edad está emancipado); esto es, cuando el menor de edad ya ha cumplido 16 años.

A mayor abundamiento, incluso la inexistencia del segundo párrafo del art. 7.1 LOPDDG podría no haber sido significativa a la hora de aplicar los arts. 162 CC, 3 LO 1/1982 y el art. 4.3 LOPJM. En efecto, desde hace tiempo vengo entendiendo que tanto la LO 1/1982 como la LOPJM eran de aplicación preferente en relación con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) por el principio de especialidad⁷⁴; esto es, la regulación de la LO 1/1982 y de la LOPJM podían coexistir con la regulación de la LOPD. Partiendo de la idea anterior, y habida cuenta que la LOPDDG no prevé ni la modificación ni la derogación expresa de los art. 3.1 LO 1/1982 y 4.3 LOPJM, y que no puede inferirse la derogación tácita de las mismas a través de la disposición derogatoria única.³ LOPDDG “Asimismo, quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango contradigan, se opongan, o resulten incompatibles con lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y en la presente ley orgánica”, pues como ya se ha dicho en el epígrafe II.3 que, por un lado, ni la LOPJM⁷⁵ ni la LO 1/1982 resultan incompatibles (ni se oponen) al RGPD (UE), y que, por otro lado,

74 Hace ya unos cuantos años, estando vigente la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de Octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de carácter personal (LORTAD), yo afirmaba que en el caso de que un tratamiento de datos vulnerase la intimidad o la propia imagen era de aplicación preferente el art. 17.3 LORTAD [precepto que regulaba la responsabilidad civil del responsable del fichero por los daños causados por un tratamiento automatizado de datos personales], pues consideraba que la LORTAD era norma especial respecto a la LO 1/1982 (aunque, eso sí, también decía que el bien jurídico protegido por la LORTAD eran los derechos del art. 18.1 Constitución). Pues bien, la entrada en vigor de la LOPD (ley que derogó la LORTAD) ha tenido unos “efectos expansivo” sobre todo lo que sea “uso de datos personales”; en efecto, las amplísimas concepciones que maneja la LOPD de “dato personal” y de “tratamientos de datos” transmiten la idea de que “todo lo que suponga uso de datos, por irrelevante que sea, está sujeto a la LOPD”, idea que no solo ha sido atemperada, sino que, en general, se ha visto reforzada por cómo se ha venido interpretando y aplicando ley, convirtiendo así a la LOPD en la norma general de tratamiento de datos, ley que, además, ya no se limitaría a proteger unos bienes jurídicos concretos (fundamentalmente la intimidad), sino que protegería los datos *per se*. Esto a mi juicio, como ya he tenido la oportunidad de expresar en otro lugar, tiene una consecuencia inmediata: frente a la regulación general de protección de datos, existe una regulación específica que puede solaparse con la anterior y que sí protege bienes concretos: la intimidad, el honor y la propia imagen; por tanto, entiendo que la LO 1/1982 es ley especial respecto a la LOPD y por tanto de aplicación preferente (GRIMALT SERVERA, P.: “La necesaria reconducción del régimen jurídico de la protección de datos personales desde la perspectiva de los conflictos y solapamientos con otros derechos y libertades en internet”, en AA.VV.: *La protección de los datos personales en Internet ante la innovación tecnológica*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 74-75).

A mayor abundamiento, previamente ya había afirmado: “[...] “Otra cuestión que creo que es menester destacar es la “evolución” del llamado “derecho a la protección de datos” desde la derogada Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (a partir de ahora, LORTAD). En efecto, creo que la configuración del “derecho a la protección de datos” por parte del Tribunal Constitucional y su regulación en la LOPD (pero sobre todo por la aplicación que desde diferentes ámbitos se hace de ella) han hecho que, en estos instantes, resulte muy complicado considerar a la LOPD una norma especial de tutela la intimidad frente a los tratamientos de datos insertos en ficheros, sino que se trata de una norma general que regula el tratamiento de datos (regula cualquier uso de datos de terceros con independencia de si son íntimos o no) para la tutela de todos los derechos. La LOPD es la norma general de regulación del uso de datos, íntimos o no, de terceros; por tanto, a mi juicio, el principio de especialidad posiblemente no podrá jugar a favor de la LOPD cuando su regulación entre en conflicto con otras normas que también regulen ‘tratamientos de datos’ [...]” (GRIMALT SERVERA, P.: “El consentimiento”, cit., pp. 52-54).

75 La propia LOPDDG no se olvida del art. 4 LOPJM (de su apartado 2, en concreto), pues el art. 84.2 LOPDDG dispone que “La utilización o difusión de imágenes o información personal de menores en las redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes que puedan implicar una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”; aunque sí que hay que decir que este art. 84.2 LOPDDG, por sí solo no refuerza la vigencia del art. 4.3 LOPJM, pues por intromisión ilegítima podría entenderse que la intromisión ilegítima se produce simplemente cuando faltase el consentimiento ex art. 7.1, primer párrafo, LOPDDG.

la derogada LOPD, y la LOPJM y la LO 1/1982 coexistían en virtud del principio de especialidad. Por tanto, para determinar si un menor de edad podrá consentir válidamente sobre el uso de su propia imagen también habría que estar, en primer lugar, al art. 4.3 LOPJM y, en su defecto, a la LO 1/1982, ambos preceptos siempre interpretados en relación con el art. 8.1 RGPD (UE).

En cuanto a los menores de edad que no han cumplido los 14 años, el art. 7.2 LOPDDG dispone que “El tratamiento de los datos de los menores de catorce años, fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela”. La redacción de este precepto obliga a plantearse lo que se ha expuesto en el epígrafe II.3 sobre los menores de edad con 13 años. En efecto, en el epígrafe II.3 se ha afirmado: 1) Los “[...] menores que no hayan cumplido los 13 años no podrán decidir válidamente sobre el uso de su imagen; por tanto, ya no cabrá plantearse si un menor que no ha alcanzado los 13 años tiene las condiciones de madurez suficientes para emitir un consentimiento válido que justifique el tratamiento de sus datos en una red social [...]”; idea que hay que mantener porque se deduce del RGPD. 2) Si “[...] se puede probar que el menor con 13 años cumplidos podía entender el alcance de su consentimiento, al ser sus condiciones de madurez suficientes, su consentimiento será válido (art. 3.1 LO 1/1982)”. Pues bien, tengo muchas dudas de si esta afirmación es admisible con lo dispuesto en el art. 7.2 LOPDDG (precepto compatible con el RGPD), ya que si es cierto que entiendo que la LO 1/1982 es ley especial respecto a la LOPDDG, me resulta complicado justificar que un simple tratamiento de datos que no incida ni en la imagen, ni en la intimidad ni en la dignidad del menor solo pueda ser autorizado por el propio menor cuando haya cumplido los 14 años y, en cambio, pueda entenderse que un menor con 13 años tenga madurez suficiente para autorizar intromisiones en su intimidad, en su imagen o en su dignidad. En este caso concreto, la coherencia del sistema en el que prohibido lo menos, prohibido lo más, obliga a pensar que los menores de edad con 13 años tampoco podrán, por sí solos, prestar válidamente su consentimiento para el tratamiento de sus datos, afecten o no a sus derechos de la personalidad.

5. El consentimiento de los titulares de la patria potestad (o de los tutores⁷⁶)

76 De acuerdo con el art. 236 CC, el cargo de tutor, como regla general, será ejercido por una sola persona, aunque el propio art. 236 CC prevé que en algunos casos pueda existir una pluralidad de tutores (art. 236 CC), en cuyo caso, deberán actuar conjuntamente, esto es, de forma mancomunada: los tutores no podrán actuar independientemente, sino que las decisiones deberán ser tomadas por mayoría (art. 237 CC), salvo que los padres de un menor hubieran previsto en testamento o en documento público notarial una pluralidad de tutores en caso de su fallecimiento o de su incapacidad y que la actuación de los mismos fuera solidaria (en cuyo caso, cualquiera de los tutores podría ejercer independientemente las funciones inherentes de la tutela). Sobre el funcionamiento de la tutela conjunta o solidaria, véase DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “Comentario al art. 237 del Código Civil”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, tomo II,

Cuando el alumno menor de edad no tiene capacidad de obrar suficiente para prestar su consentimiento, corresponde a los titulares de la patria potestad el autorizar la captación y divulgación de la imagen de su hijo. En estos casos, como regla general, corresponde a ambos progenitores autorizar el uso de la imagen de su hijo, pues el art. 156, el primer inciso del primer párrafo, CC, dispone que la patria potestad se ejerza conjuntamente por ambos progenitores. Por tanto, si consta el consentimiento válido de ambos progenitores, el centro escolar podrá utilizar la imagen del menor, sin perjuicio de algunas matizaciones que se harán más adelante sobre la necesidad de que intervenga el Ministerio Fiscal. Si la patria potestad solo recae en un progenitor (o, por las razones que sean, el otro está imposibilitado de hecho o de derecho para ejercerla⁷⁷ o incluso privado de dicho ejercicio⁷⁸), obviamente, corresponde solo a este autorizar el uso de la imagen de su hijo.

Sin embargo, no siempre será preciso que concurran ambos consentimientos. A continuación, voy a distinguir varias situaciones en las que no sería necesario el consentimiento de ambos progenitores

Primera situación: supuestos de autorización expresa (no escrita), tácita o presunta. Como se ha dicho, cuando la patria potestad recae sobre dos

Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2195-2201; LÓPEZ SUÁREZ, M.A.: "Comentario al art. 237 del Código Civil", en AA.VV.: *Código Civil Comentado*, volumen I, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 1108-1111.

77 "En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro" (art. 156, penúltimo párrafo, CC). Cuando medie sentencia que declara la ausencia o la incapacidad de uno de los progenitores, el centro escolar tendrá muy fácil constatar que corresponde al otro progenitor autorizar el uso de la imagen del menor; si no existe sentencia, en las situaciones de hecho, pueden plantearse problemas de prueba que deberían ser valorados por el centro escolar antes de reproducir y divulgar una fotografía del estudiante con el único consentimiento de uno de los progenitores por estar el otro imposibilitado de hecho para prestar el suyo.

En todo caso, véanse las observaciones tanto de DÍAZ GARCÍA, H.: "Comentario al art. 156 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, tomo II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1600-1602; como las de YZQUIERDO TOLSADA, M.: "Comentario al art. 156 del Código Civil", en AA.VV.: *Código Civil Comentado*, volumen I, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 777.

Véanse también las sentencias citadas por DÍAZ GARCÍA, H.: "Comentario al art 156", cit., pp. 1600-1601.

78 Muy recientemente la disposición final 2 del Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género, ha introducido el siguiente párrafo en el art. 156 CC: "Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de éste para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de éstos".

En el Preámbulo de dicho Real Decreto-Ley se afirma que "[...] el presente real decreto-ley incluye una modificación en el artículo 156 del Código Civil para dar cumplimiento a la medida 148, del Informe de la Subcomisión del Congreso que propone, desvincular la intervención psicológica con menores expuestos a violencia de género del ejercicio de la patria potestad. En concreto la reforma que afecta al artículo 156 del Código Civil tiene como objetivo que la atención y asistencia psicológica quede fuera del catálogo de actos que requieren una decisión común en el ejercicio de la patria potestad, cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos e hijas de ambos [...]".

progenitores, los dos tienen que autorizar el uso de la imagen del menor⁷⁹. Ahora bien, en el primer inciso del primer párrafo del art. 156 CC se dispone que uno de los progenitores podrá ejercer la patria potestad siempre que exista autorización expresa o tácita del otro progenitor; por tanto, si al centro escolar le consta esa autorización expresa o tácita, sería suficiente con recabar el consentimiento de uno de los progenitores para captar y divulgar la imagen de su alumno menor de edad.

Ahora bien, el centro educativo, salvado “el escollo” de un solo consentimiento por existir autorización expresa o tácita del otro progenitor, no puede obviar los problemas de prueba que se pueden presentar en casos de conflicto: ¿Qué ocurriría si el progenitor, cuyo consentimiento no consta, siempre que resulte necesario, niega la autorización expresa (no escrita) o tácita? Ante tal situación, es preciso preguntarse si podría ser de aplicación la presunción que establece el art. 156, cuarto párrafo, CC: “En los supuestos de los párrafos anteriores⁸⁰, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro”. Esto es, cabe preguntarse si el centro escolar, siempre que un actuar diligente le permita afirmar que desconoce la existencia de conflictos entre los progenitores o que desconoce las situaciones de hecho o de derecho que impidan el ejercicio de la patria potestad por parte de uno de los progenitores⁸¹, puede presumir “iure

79 Si los progenitores no se pusieran de acuerdo, y uno de ellos tuviera especial interés en autorizar al centro escolar la reproducción y divulgación de la imagen del menor a través de las redes sociales, podría instar la autorización judicial: “En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle la total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años” (art. 156, tercer párrafo, CC).

80 Entiendo con DÍAZ GARCÍA, H.: “Comentario al art. 156”, cit., pp. 1598-1599, que la presunción del art. 156, párrafo cuarto, CC, en principio, podría circunscribirse a supuestos en los que resulta necesario el consentimiento de ambos progenitores; pues de lo contrario, si el consentimiento lo ha prestado el progenitor legitimado para ello, dicho consentimiento resulta suficiente, y si el consentimiento lo ha prestado un progenitor que no está legitimado (por estar incapacitado judicialmente, por resultar de aplicación el segundo párrafo del art. 156 CC, etc...), el consentimiento es directamente nulo. Ahora bien, también creo que la presunción del art. 156, párrafo cuarto, CC, resulta de aplicación a supuestos en los que el autorizante es el progenitor que no está legitimado para ejercer la patria potestad por razones que no le constan o que no le pueden constar al centro escolar con un actuar diligente. La buena fe del centro escolar desaparece cuando un progenitor informa de la falta de legitimación del otro por concurrir algunos de los supuestos que le impiden ejercer la patria potestad (lo que a su vez plantea un problema que afecta a la intimidad de este último progenitor: ¿hasta qué punto uno de los progenitores puede informar de situaciones de hecho del otro progenitor sin que ello suponga vulnerar su intimidad? -simplemente dejo anotada la pregunta, pues se escapa de los objetivos y de los límites de este trabajo). En cualquier caso, el alcance de la aplicación de la presunción del art. 156, cuarto párrafo, CC resulta discutida: véase DÍAZ GARCÍA, H., ob. cit., pp. 1598-1600; YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Comentario al art. 156”, cit., pp. 779-782.

81 Para que el tercero se pueda beneficiar de la presunción se requiere que sea de buena fe. Si el centro escolar conoce la existencia de conflictos en la pareja (por ejemplo, que sepa que están separados o divorciados) no puede presumir que uno de los titulares de la patria potestad actúa con consentimiento del otro. Es lógico pensar que, si entre los titulares de la patria potestad no existen conflictos aparentes, existe una relación de confianza suficiente entre ellos que autoriza la presunción del cuarto párrafo del art. 156 CC; en cambio, rota la pareja o cuando constan desavenencias en la misma, es muy difícil sostener que existe confianza suficiente entre ellos que permita presumir que los progenitores actúan con la anuencia del otro. Esto no significa que, dadas las circunstancias del caso concreto, los propios actos de la pareja

et de iure⁸² que cada uno de los progenitores actúa con el consentimiento del otro. Pues bien, a los efectos que ahora interesa, la clave para aplicar la presunción está en el actuar en el ejercicio ordinario de la patria potestad: si el progenitor está actuando en el ámbito ordinario de la patria potestad, es de aplicación la presunción del art. art. 156, cuarto párrafo, CC. Inmediatamente surge la siguiente pregunta: ¿la autorización para que el centro escolar pueda reproducir y divulgar la imagen del menor supone un ejercicio ordinario de la patria potestad o es más bien una decisión de carácter extraordinario y, por tanto, que impide aplicar la presunción?

El reciente auto de la AP de Córdoba (sección 1ª) 9 abril 2018⁸³ distingue entre el ejercicio ordinario y el extraordinario de la patria potestad: “[...] Cabe distinguir con base en lo preceptuado en los párrafos 1º y 3º del art. 156 CC, entre actos de ejercicio ordinario de la patria potestad [...] y actos de ejercicio extraordinario de la patria potestad, que precisan el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, resolución judicial, entendiéndose por tales actos extraordinarios los referidos a las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida de un menor y no pueden calificarse como ordinarias o habituales en el seno de la familia por resultar excepcionales conforme a los usos sociales. Entre estas últimas se consideran, desde luego, la elección del lugar de residencia del menor y la de traslado de domicilio del mismo, así como la elección del colegio, al margen igualmente las decisiones relativas a la salud física o psíquica del menor; el sometimiento a terapias o tratamientos (fisioterapia, quimioterapia, rehabilitación, etc.), intervención quirúrgica, o inclusive actividades de ocio o deporte de riesgo o extraescolares que constituyen un gasto extraordinario, que deban abonarse por ambos progenitores por mitad [...]”.

Pues bien, si se relaciona lo afirmado en el auto de la AP de Córdoba (sección 1ª) 9 abril 2018⁸⁴, con la segunda de las situaciones que se va a analizar, “Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad”, sería razonable entender que la autorización para que un centro escolar divulgue la imagen de un estudiante menor de edad se integra en el ejercicio ordinario de la patria potestad, salvo que la finalidad perseguida por el centro escolar con la divulgación de la imagen del menor no esté relacionada con las funciones propios de un centro educativo. En cualquier

rota creen, en el centro escolar, una apariencia de confianza tal que permitan la aplicación del cuarto párrafo del art. 156 CC.

Respecto al requisito de la buena fe exigible en el tercero para aplicar este cuarto párrafo del art. 156 CC, véase DÍAZ GARCÍA, H.: “Comentario al art. 156”, cit., p. 1599.

82 En este mismo sentido, DÍAZ GARCÍA, H.: “Comentario al art. 156”, cit., p. 1599.

83 Auto de la AP de Córdoba (sección 1ª) 9 abril 2018 (JUR 2018, 184538). Puede verse también la resolución de la DGRN 10 octubre 1994 (RAJ 1994, 10616).

84 Auto de la AP de Córdoba (sección 1ª) 9 abril 2018 (JUR 2018, 184538). Puede verse también la resolución de la DGRN 10 octubre 1994 (RAJ 1994, 10616).

caso, mientras no exista un grupo de sentencias que claramente afirme que la autorización para reproducir y divulgar la imagen del menor es ejercicio ordinario de la patria potestad, yo recomendaría al centro escolar recabar el consentimiento de ambos progenitores.

Segunda situación: “Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad”.

El último inciso del primer párrafo del art. 156 CC prevé el ejercicio de la patria potestad por uno solo de los progenitores cuando los usos sociales y las circunstancias lo permitan o cuando exista una situación de urgente necesidad que impida recabar la autorización del otro progenitor.

En el primero de los supuestos, siempre atendiendo a las circunstancias del caso y a todos los intereses en juego, y siguiendo a DÍEZ GARCÍA, “[...] cabe entender que resultará admisible la actuación aislada de uno de los progenitores cuando resulte también usual en la sociedad que determinados actos no se realicen por ambos padres conjuntamente; a veces, simplemente por su sencillez, por resultar cotidianos o por no afectar esencialmente a derechos e intereses relevantes de los hijos [...]”⁸⁵. A los efectos que ahora interesan, no va resultar sencillo justificar la ausencia del consentimiento de uno de los progenitores para que un colegio utilice la imagen del menor sobre la base de los usos sociales y de las circunstancias, aunque no cabe desdeñar tal posibilidad: por ejemplo, quizás podría ser suficiente la autorización de uno de los progenitores para que el menor pudiera participar en la “tradicional foto de aula”, pero dudo mucho que quepa justificar la ausencia del consentimiento de uno de los progenitores cuando se trate de divulgar la imagen del menor a través de las redes sociales.

Sin embargo, si se traslada la doctrina que contiene la SAP de Barcelona (sección 13ª) 22 de enero de 2018⁸⁶ al art. 156 CC, sería suficiente el consentimiento de uno de los progenitores para el uso de la imagen del menor en ciertos casos: “[...] Aunque, añade el artículo 236.8.2.c) del mismo texto legal que en los actos de necesidad urgente y en los que, de acuerdo con el uso social o las circunstancias familiares, normalmente realiza una persona sola, cualquiera de los progenitores puede actuar indistintamente, siendo un hecho notorio, como tal no necesitado de especial prueba, que las autorizaciones del tipo que es objeto de los presentes autos es habitual que se otorguen por el progenitor que realiza la inscripción en el curso, club deportivo, excursión, o actividad escolar o extraescolar del menor [...]” (en el caso la progenitora autorizó expresamente que la imagen de su hijo pudiera aparecer en fotografías correspondientes a actividades organizadas por

⁸⁵ DÍAZ GARCÍA, H.: “Comentario al art. 156”, cit., p. 1594.

⁸⁶ SAP de Barcelona (sección 13ª) 22 de enero de 2018 (JUR 2018, 84325).

un club deportivos y que fueran publicadas en su página web o en diferentes publicaciones informativas; en cambio, el progenitor se opuso a ello).

En el segundo de los supuestos, se entiende suficiente el consentimiento de los progenitores cuando concurra una situación de urgente necesidad. La idea sería la siguiente: dados los intereses del menor en juego, un progenitor puede decidir sin tener que contar con la opinión del otro progenitor cuando, dadas las circunstancias, la decisión tiene que tomarse de forma inmediata porque en caso de no tomarse va a resultar perjudicial para los intereses del menor. Se entiende que, en estos casos de urgente necesidad, el tiempo que habría que esperar para conocer la opinión del "progenitor no presente" resulta perjudicial para los intereses del menor⁸⁷. También aquí me resultaría muy difícil apreciar situaciones de urgente necesidad en el uso de la imagen del menor por parte del centro escolar. Imaginemos el siguiente caso: un menor se ha olvidado recabar la autorización de sus progenitores para que su imagen obtenida en una excursión organizada por el colegio pueda ser divulgada a través de las redes sociales del centro escolar. Al llegar al autobús que le llevará de excursión acompañado de uno de sus progenitores, uno de los profesores le solicita al "progenitor presente" su autorización para reproducir y divulgar la imagen del menor. Si no es posible contactar en ese momento con el "progenitor no presente", ¿cabría entender que se está ante una situación de urgente necesidad? En principio, y sin perjuicio de analizar todas las circunstancias concurrentes, yo respondería que no se está ante un supuesto de urgente necesidad, pues, en este concreto supuesto, ni la reproducción y la divulgación de la imagen del menor suponen "a priori" un beneficio para el menor ni la falta de autorización supone un perjuicio para el menor. En cualquier caso, si se atendiera a la citada SAP de Barcelona (sección 13^a) 22 de enero de 2018⁸⁸, podría entenderse que, atendidas las circunstancias, los usos sociales autorizan al progenitor presentar consentir por sí solo la captación y divulgación de la imagen del menor si necesidad de recabar el consentimiento del progenitor "no presente".

Es evidente que se está ante unas reglas que generan mucha inseguridad jurídica, por lo que el centro escolar debería tenerlo muy presente si pretende justificar el uso de la imagen del menor, especialmente en las redes sociales, en el consentimiento de uno de los progenitores atendiendo a los usos sociales y a las circunstancias o a la urgente necesidad.

Tercera situación: separación legal o divorcio (y ruptura de la convivencia matrimonial admitida la demanda de separación o de divorcio).

87 Véase DÍAZ GARCÍA, H.: "Comentario al art. 156", cit., pp. 1593-1594; YZQUIERDO TOLSADA, M.: "Comentario al art. 156", cit., p. 775.

88 SAP de Barcelona (sección 13^a) 22 de enero de 2018 (JUR 2018, 84325).

En aquellos casos en los que los progenitores se separen legalmente o se divorcien, el quién ejercerá la patria potestad debería quedar fijada bien en el convenio regulador (art. 90.I.a⁸⁹) bien en la sentencia que decreta la separación legal o el divorcio (art. 91 CC⁹⁰)⁹¹.

También hay que tener presente que la interposición de una demanda de separación o divorcio (o nulidad) obliga al Juez a resolver provisionalmente sobre las cuestiones relativas a la patria potestad (art. 103 CC⁹²); incluso es posible que el Juez haya tenido que decidir sobre el ejercicio de la patria potestad antes de la interposición de la demanda si uno de los cónyuges solicita medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio: “El cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los artículos 102 y 103 del Código Civil ante el tribunal de su domicilio” (art. 771.I, primer párrafo, LEC).

Cuarta situación: separación de hecho o inexistencia de convivencia entre los progenitores. Cuando los progenitores no conviven “de hecho”⁹³, en principio

89 “I. El convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos: a) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, *el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos [...]*” (la cursiva es mía).

90 “En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias”.

91 Véase en este sentido, DÍAZ GARCÍA, H.: “Comentario al art. 156”, cit., p. 1603; YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Comentario al art. 156”, cit., p. 778.

92 “Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes: [...] I.ª Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía [...]”.

93 Si bien la literalidad del último párrafo del art. 156 CC permitiría incluir tanto las separaciones de hecho como las legales, habría que circunscribir su aplicación a las separaciones de hecho, pues si la separación es legal resultan de aplicación los art. 90 y 91 CC: “[...] habiéndose establecido en un proceso de separación matrimonial por la Sentencia judicial que lo decidió, una medida consiguiente a la de separación en sí, como es la de atribución de la patria-potestad de los padres sobre los hijos comunes menores de edad, la modificación de esta medida, a petición de parte, sólo puede hacerse por la vía de los arts. 90 y 91 del C. civil, lo que aquí no se ha hecho, aplicando equivocadamente el Juzgador de instancia el art. 156, último párrafo, que afecta a las relaciones paterno-filiales cuando los cónyuges viven separados de hecho, en cuyas situaciones no serían, por el contrario, aplicables aquellos preceptos [...]” (STS 2 julio 2004 -RAJ 2004, 5584).

También resulta de interés resaltar que la literalidad del último párrafo del art. 156 CC permite incluir tanto separaciones de hecho entre cónyuges como cualquier tipo de supuesto de falta de convivencia entre progenitores no casados. Que los progenitores estén casados no es relevante a los efectos de ejercer la patria potestad; por tanto, no aprecio motivo alguno para no poder aplicar este último párrafo del art. 156 CC a todos los supuestos en los que no existe convivencia efectiva entre los progenitores (no distingue, DÍAZ GARCÍA, H.: “Comentario al art. 156”, cit., pp. 1602-1603; sin embargo, véanse las observaciones de YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Comentario al art. 156”, cit., p. 778).

y de acuerdo con el último párrafo del art. 156 CC, la patria potestad debe ser ejercida por aquel con quien el hijo conviva.

De la literalidad del último párrafo del art. 156 CC se deduce que el ejercicio de la patria potestad por parte del progenitor con quien el hijo conviva se extiende tanto al ejercicio ordinario como al extraordinario de la patria potestad. Ahora bien, en la medida en que las reglas del art. 156 CC no estarían encaminadas a privar del ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, sino a facilitar su ejercicio, me parece razonable restringir la aplicación del último párrafo del art. 156 CC al ejercicio ordinario, pues, de lo contrario, la falta de convivencia entre los progenitores impediría intervenir de facto a uno de ellos en la toma de decisiones trascendentales del menor⁹⁴. En este sentido, el reciente auto de la AP de Córdoba (sección 1ª) 9 abril 2018⁹⁵: “[...] Cabe distinguir con base en lo preceptuado en los párrafos 1º y 3º del art. 156 CC, entre actos de ejercicio ordinario de la patria potestad, que puede realizar válidamente uno solo de los progenitores (el que ejerce la guarda y custodia de hecho o en virtud de resolución judicial) sin necesidad de recabar el consentimiento del otro, y actos de ejercicio extraordinario de la patria potestad, que precisan el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, resolución judicial, entendiéndose por tales actos extraordinarios los referidos a las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida de un menor y no pueden calificarse como ordinarias o habituales en el seno de la familia por resultar excepcionales conforme a los usos sociales [...]”.

En cualquier caso, el progenitor con quien no conviva el menor siempre puede acudir al Juez para que clarifique el cómo y el quién debe ejercer la patria potestad en estos supuestos: “[...]]E] Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio” (último inciso del último párrafo del art. 156 CC). También se puede plantear la custodia de los menores: “Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad [...]” (art. 159 CC).

6. La intervención del Ministerio Fiscal

El art. 3.2 LO 1/1982 dispone que en aquellos casos en los que el consentimiento para autorizar una intromisión en los derechos fundamentales del art. 18.1

⁹⁴ Véase DÍAZ GARCÍA, H.: “Comentario al art. 156”, cit., pp. 1602-1603.

⁹⁵ Auto de la AP de Córdoba (sección 1ª) 9 abril 2018 (JUR 2018, 184538). Puede verse también la resolución de la DGRN 10 octubre 1994 (RAJ 1994, 10616).

Constitución de un menor corresponda a los progenitores, estos previamente deben comunicar su decisión al Ministerio Fiscal: “En los restantes casos⁹⁶, 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 Juez⁹⁷”.

Una aplicación literal de este precepto obligaría a que cualquier autorización para reproducir la imagen del menor del representante legal del menor sea sometida a la opinión del Ministerio Fiscal: por ejemplo, si el abuelo quiere una simple foto con su nieto, la literalidad del art. 3.2 LO 1/1982 obligaría a los representantes legales a comunicar al Ministerio Fiscal que van a autorizarla. Resulta evidente que esta interpretación literal no es nada razonable y que para nada se adecua a la realidad social del tiempo en el que se deben aplicar las normas jurídicas.

Pues bien, siendo evidente que la intervención del Ministerio Fiscal puede resultar trascendente para proteger los intereses del menor, no resulta nada clara cuál podría ser la consecuencia jurídica de infringir la obligación de los representantes legales de comunicar previamente al Ministerio Fiscal su voluntad de autorizar el uso de la imagen del menor. Salvo error por mi parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no es concluyente al respecto⁹⁸: es cierto que existe alguna que otra sentencia que considera la intervención del Ministerio Fiscal como requisito de eficacia del consentimiento otorgado por los representantes legales⁹⁹, pero también lo es que también existe alguna que otra sentencia que contiene una expresión que parece indicar que la ausencia de intervención del Ministerio Fiscal

96 Esto es, en aquellos casos en los que los menores e incapaces no puedan prestar por ellos mismos el consentimiento porque sus condiciones de madurez no lo permiten (art. 3.1 LO 1/1982, “a contrario”).

97 Los arts. 59 y 60 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, regulan el procedimiento a seguir cuando el Ministerio Fiscal se hubiera opuesto al consentimiento otorgado por el representante legal de un menor.

98 Aunque véase PÉREZ DÍAZ, R.: *La imagen del menor en las redes sociales*, fuente: Westlaw (BIB 2018, 6534), p. 4 (entiendo que las sentencias que cita, salvo error, se refieren a la intervención del Ministerio Fiscal ex art. 4 LOPJM: este precepto prevé la intervención del Ministerio Fiscal en el supuesto de apreciar intromisión ilegítima en la difusión de la información o por el uso de la imagen de un menor, por tanto, no prevé, como se dirá, una intervención “a priori” sino “a posteriori” del Ministerio Fiscal).

99 “[...] cuando se trata de menores sin condiciones de madurez para prestar el consentimiento, como es un niño de tres años, entonces sólo puede manifestar el consentimiento su representante legal (artículo 3.2). Pero este consentimiento por sí solo no basta para la validez del acto de disposición. Es necesario, además, para que surta eficacia, el consentimiento del representante legal y la cooperación del Ministerio Fiscal, cuya intervención actúa a modo de asentimiento, autorización o ratificación. El representante legal del menor deberá otorgar el consentimiento por escrito, pero previamente está obligado a ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal (artículo 3.2). Sólo con la intervención de éste el consentimiento surte efecto o, en caso de oponerse el Fiscal, mediante resolución judicial que lo apruebe [...]” (STS 7 octubre 1996 -RAJ 1996, 7058) -aunque se podría discutir si las afirmaciones referentes a la intervención del Ministerio Fiscal son “obiter dicta”, pues no en el caso no constaba el consentimiento de los representantes legales, por lo que la intervención del Ministerio Fiscal ex art. 3.2 LO 1/1982 no resultaba procedente.

no afecta a los terceros que han obtenido el consentimiento del representante legal¹⁰⁰.

En el epígrafe 3.3 de la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2006, de 15 de marzo, se dispone que los fiscales se abstendrán de utilizar el cumplimiento de estas exigencias formales (creo que se refiere tanto al consentimiento por escrito como a la intervención del Ministerio Fiscal) para impugnar negocios o actos respetuosos con los intereses de los menores. Pues bien, en el supuesto de entender que la intervención del Ministerio Fiscal es preceptiva ex art. 3.2 LO 1/1982 para validar el consentimiento de los representantes legales, debería reiterar lo ya expuesto en otro lugar: “[...] La decisión práctica adoptada por la Fiscalía [...] me parece correcta, pues el sistema previsto en el art. 3 de la LO 1/1982 llevado a sus últimas consecuencias, en mi opinión, puede resultar completamente absurdo y alejado de la realidad con resultados seguramente no queridos por el legislador. [...] No puede olvidarse que la finalidad de exigir [...] la intervención del Ministerio Fiscal es la protección de los intereses del menor. [...] A mi juicio, la finalidad de la norma (la protección del interés del menor), los ‘usos sociales’ del art. 2.2 de la LO 1/1982 y la doctrina del abuso de la nulidad por motivos formales deben presidir la aplicación de la norma. Pero claro, ahora viene el problema: ¿cómo puede saberse si tiene que intervenir el Ministerio Fiscal o no? Pues, no hay fórmula mágica (no la conozco), sólo se puede poner sentido común y pensar que cualquier actuación alejada de lo habitual, de lo normal, o que implique una prestación del menor debe ser puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal (por ejemplo, hacer un anuncio, participar en una película o en un programa televisivo, enviar una cinta/cd/dvd a un programa de televisión en el que se ve a un menor dándose un trompazo, etc.) [...]”¹⁰¹.

Ahora bien, la opinión mantenida años atrás merece unas matizaciones. En efecto, como ya he dicho la posición que se expresa en la citada Instrucción de la Fiscalía General del Estado no solo me parece muy razonable, sino que, a mi juicio, es acorde con lo que cabe deducir del art. 4.2 LOPJM. En efecto, este precepto prevé que el Ministerio Fiscal intervenga cuando se difunda información o se utilicen imágenes o el nombre de un menor en los medios de comunicación cuando ella pueda implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación o resulte contraria a sus intereses¹⁰² (aunque, en el supuesto del art. 4.2 LOPJM, si el

100 “[...] Tanto lo que se dice, como la imagen que aparece, se hace en presencia y con consentimiento de la madre, representante legal del menor; es cierto que debería haber otorgado el consentimiento por escrito y haberlo puesto en conocimiento del Ministerio Fiscal, tal como obliga el artículo 3.2 de la Ley de Protección del Derecho al Honor, Intimidad e Imagen, cuyo incumplimiento le afecta a ella, no a los demandados [...]” (STS 26 marzo 2003 -RAJ 2003, 2596) –la cursiva es mía.

101 GRIMALT SERVERA, P.: *La protección civil*, cit., pp. 115-116 (en nota a pie de página nº 281).

102 En cuanto a la intervención del Ministerio Fiscal ex art. 4.2 LOPJM, puede verse RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F.: “La protección de los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor con suficiente madurez: entre el respeto a sus decisiones y la intervención del Ministerio Fiscal”, *Foro*, 2015, vol. 18, nº 2, pp. 202-210.

uso de las imágenes del menor resulta contraria a sus intereses, debe considerarse “ipso iure” una intromisión ilegítima ex art. 4.3 LOPJM). Entiendo que el art. 4.2 LOPJM permite deducir lo siguiente: a) Que se está ante supuestos en los que es más que probable que no haya intervenido previamente el Ministerio Fiscal, pues de lo contrario el Ministerio Fiscal se supone que ya habría valorado si el uso de la imagen en cuestión del menor supone una intromisión ilegítima en los derechos del menor; b) El Ministerio Fiscal debe intervenir si aprecia intromisión ilegítima en los derechos del menor; por tanto, “a contrario”, no lo debe hacer si considera que no ha existido intromisión ilegítima. A partir de las dos reflexiones anteriores, y relacionando los arts. 3.2 LO 1/1982 y 4.2 LOPJM, “a fortiori”, si en los casos en los que el legislador considera que el menor precisa de una mayor protección (art. 4 LOPJM), el Ministerio Fiscal no puede intervenir si no ha existido intromisión ilegítima, tampoco debería hacerlo en los casos en los que la protección es menor (art. 3.2 LO 1/1982¹⁰³).

Todo lo expuesto en el párrafo anterior, me lleva a entender que la intervención previa del Ministerio Fiscal no puede considerarse como requisito esencial para la validez del consentimiento de los representantes legales: la intervención del Ministerio es de simple control, de garantía para los intereses del menor, incluso puede suponer una protección para los terceros e incluso para los representantes legales, pero en ningún caso validaría el consentimiento otorgado por los representantes del menor ni tan siquiera lo imposibilitaría. En efecto, en un posible control previo, si el Ministerio Fiscal se opusiera a la reproducción y divulgación de la imagen del menor, no por ello el uso de la imagen del menor devendría ilegítima, pues los progenitores llegado el caso podrían acudir al Juez para que confirmase la licitud de su autorización (art. 3.2 LO 1/1982). Es más, si el Ministerio Fiscal, previa consulta del representante legal, no se opusiera al consentimiento proyectado para autorizar el uso de la imagen del menor, no por ello se validaría la intromisión en los derechos del menor, pues nada impediría, por ejemplo, que el otro progenitor pudiera demandar al progenitor autorizante e incluso a los terceros que reprodujeran y divulgasen la imagen del menor por intromisión ilegítima y correspondería a los órganos jurisdiccionales determinar si se ha producido tal ilicitud. En este caso, la intervención previa para del Ministerio Fiscal, no oponiéndose al consentimiento proyectado por uno de los representantes legales, quizás podría servir para exonerar de responsabilidad (o mitigarla) en sistemas basados en la culpa del agente del daño -más complicada sería la exoneración en sistemas objetivos de responsabilidad- tanto al representante legal que ha otorgado su consentimiento como a los terceros que han confiado en la intervención del Ministerio Fiscal.

¹⁰³ En relación con el art. 3.2 LO 1/1982, el art. 4 LOPJM es norma especial; por tanto, el art. 3.2 LO 1/1982 se aplica todos aquellos supuestos que no se integran en el art. 4 LOPJM.

Una vez expuesta mi opinión, hay que tener muy presente que mi opinión puede calificarse perfectamente de muy minoritaria¹⁰⁴ y que está alejada de algunas afirmaciones “obiter dicta” del Tribunal Supremo; por tanto, cuando menos, yo recomendaría a los centros escolares instar la intervención del Ministerio Fiscal antes de divulgar la imagen de uno de sus estudiantes si el uso de la imagen del menor pudiera ser contraria a su interés del menor o el uso de la imagen del menor se refiera a una actuación alejada de lo habitual, de lo normal, o implique una prestación del menor o se utilice en beneficio exclusivo del centro escolar (por ejemplo, utilizar la imagen del menor para promocionar el colegio, obtener ingresos extra, etc.), aun cuando se cuente con el consentimiento de los representantes legales -y más sabiendo que el Ministerio Fiscal debe responder en poco tiempo, pues solo dispone de 8 días, ex art. 1/1982, para oponerse al consentimiento proyectado por los representantes legales-.

104 Véase el análisis de la doctrina que, sobre la intervención del Ministerio Fiscal ex art. 3.2 LO 1/1982, se hace en PÉREZ DÍAZ, R.: *Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor en el Siglo XXI*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 92-97.

BIBLIOGRAFÍA

BATUECAS CALETRÍO, A.: "El control de los padres sobre el uso de que sus hijos hacen de las redes sociales", en AA.VV.: *En torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información*, Comares, Granada, 2015.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: "Comentario al art. 237 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, tomo II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

DÍAZ GARCÍA, H.: "Comentario al art. 156 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, tomo II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

GRIMALT SERVERA, P.: *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Iustel, Granada, 2007.

GRIMALT SERVERA, P.: "La protección de la dignidad de las víctimas de un delito (la reforma de la Ley Orgánica 1/1982 por la Ley Orgánica 5/2010)", *Revista de Derecho Privado y Constitución*, 2011, nº 25.

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

GRIMALT SERVERA, P.: "Los menores e internet: capacidad versus protección de la vida privada", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, 2013.

GRIMALT SERVERA, P.: "El consentimiento y el tratamiento con fines publicitarios y prospección comercial", en AA.VV.: *en El Reglamento de Protección de Datos. Aspectos clave*, UOC, Barcelona, 2008.

GRIMALT SERVERA, P.: "La necesaria reconducción del régimen jurídico de la protección de datos personales desde la perspectiva de los conflictos y solapamientos con otros derechos y libertades en internet", en AA.VV.: *La protección de los datos personales en Internet ante la innovación tecnológica*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

LÓPEZ SUÁREZ, M.A.: "Comentario al art. 237 del Código Civil", en AA.VV.: *Código Civil Comentado*, volumen I, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

PÉREZ DÍAZ, R.: *La imagen del menor en las redes sociales*, fuente: Westlaw (BIB 2018, 6534).

PÉREZ DÍAZ, R.: *Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor en el Siglo XXI*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F.: "La protección de los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor con suficiente madurez: entre el respeto a sus decisiones y la intervención del Ministerio Fiscal", *Foro*, 2015, vol. 18, nº 2.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: "Comentario al art. 156 del Código Civil", en AA.VV.: *Código Civil Comentado*, volumen I, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.