

DERECHO DE DAÑOS



Daños a la privacidad de los menores

Margarita Orozco González

Profesora Contratada Doctora

Departamento de Derecho Civil, Universidad de Murcia

Prólogo

Domingo Bello Janeiro

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de A Coruña

Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación

REUS
EDITORIAL

COLECCIÓN DE DERECHO DE DAÑOS

TÍTULOS PUBLICADOS

- La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito educativo,** *Beatriz Díaz Madrera* (2007).
- La responsabilidad derivada de los daños producidos por la biotecnología,** *Ramón Herrera de las Heras* (2007).
- Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria,** *Domingo Bello Janeiro* (2009).
- Cuestiones actuales de responsabilidad civil,** *Domingo Bello Janeiro* (coord.) (2009).
- Los riesgos del desarrollo en una visión comparada. Derecho argentino y Derecho español,** *Lidia M. Garrido Cordobera y José Manuel Busto Lago* (2010).
- Las nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil del empresario,** *Laura Gázquez Serrano* (2012).
- Régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria,** *Domingo Bello Janeiro* (coord.) (2013).
- La responsabilidad civil de los dueños, poseedores y usuarios de animales (Un análisis desde la interpretación jurisprudencial del art. 1905 CC),** *Rafael Colina Garea* (2014).
- Seguridad alimentaria y Derecho de daños,** *M^a Eugenia Rodríguez Martínez* (2015).
- Responsabilidad civil por vulneración del derecho al honor en las redes sociales,** *Ramón Herrera de las Heras* (2017).
- Diagnóstico genético preimplantacional y responsabilidad médica por falsos negativos,** *Andrea Macía Morillo* (2018).
- Negligencias médicas en anestesiología y responsabilidad civil del anestesista (Bases teóricas y análisis jurisprudencial),** *Pilar Gutiérrez Santiago* (2020).
- Responsabilidad civil y productos farmacéuticos,** *Cristiano Gerardo Vázquez Bulla y María Fernanda Moretón Sanz* (2020).
- Nuevas tecnologías y responsabilidad civil,** *Domingo Bello Janeiro* (2020).
- Responsabilidad por los daños resultantes de cosas caídas o arrojadas desde edificios,** *Carmen Callejo Rodríguez* (2021).
- Daños a la privacidad de los menores,** *Margarita Orozco González* (2022).

COLECCIÓN DE DERECHO DE DAÑOS

Director: DOMINGO BELLO JANEIRO

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de A Coruña

DAÑOS A LA PRIVACIDAD DE LOS MENORES

Margarita Orozco González

Profesora Contratada Doctora
Departamento de Derecho Civil, Universidad de Murcia

Prólogo

Domingo Bello Janeiro

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de A Coruña
Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación

REUS
EDITORIAL

Madrid, 2022

© Pilar Gutiérrez Santiago
© Editorial Reus, S. A.
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
Teléfonos: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
reus@editorialreus.es
www.editorialreus.es

1.ª edición REUS, S.A. (2022)
ISBN: 978-84-290-2641-2
Depósito Legal: M 19518-2022
Diseño de portada: Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales COMETA, S. A.
Ctra. Castellón, km 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni Editorial Reus ni sus directores de colección responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan sus propios autores. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley. Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

«Ésa es la misión de la idea: desencadenar los acontecimientos, transmutarse, y de ahí su grandeza, del campo etéreo del pensamiento incorporal al campo material; mover montañas, según frase de la Biblia, ese bello libro tan mal utilizado. Y por eso, porque la idea deviene un hecho y los hechos cambian el curso de la Historia, las ideas deben morir y renacer, no permanecer petrificadas, fósiles, conservadas como piezas de museo, como adornos bellos, si queréis, pero aptos sólo para el lucimiento del erudito y del crítico sutil e imaginativo».

Eduardo Mendoza
La verdad sobre el caso Savolta

PRÓLOGO

El libro que tengo el honor de presentar al amable lector dentro de la colección que mucho me honro en dirigir de la editorial Reus sobre Derecho de Daños se corresponde con el estudio de una de las cuestiones de mayor relevancia en el ámbito de la responsabilidad civil, como son los daños a la privacidad de los menores, a cargo de la Doctora Margarita Orozco, Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil de la Universidad de Murcia y Cibercooperante del Instituto Nacional de Ciberseguridad.

No resulta nada fácil prologar un libro, sobre todo cuando, como en este caso, la autora es una magnífica profesional además de entrañable y muy querida amiga y compañera en las tareas propias de la investigación y docencia en el ámbito del derecho civil, todo lo cual agrava, más si cabe, la dificultad que entraña no dejarse llevar por el cariño y apasionamiento en la elección de las palabras con las que se trata de presentar a la autora e introducir al lector, ajeno a todo ello, en la obra con rigor y objetividad.

En este libro se aborda, de manera integral, según figura en su rúbrica, los daños a la privacidad de los menores con el estudio de los derechos a la intimidad, propia imagen y protección de datos de carácter personal en el contexto de la sociedad de la información, en concreto en el ámbito de las redes sociales y servicios de la sociedad de la información, desde una perspectiva transversal, tratando de estudiar, de modo completo, desde el máximo rigor académico y científico, toda la problemática que presenta este ámbito.

Así, como punto de partida, realiza un estudio pormenorizado de dichos derechos, su ámbito objetivo y regulación, tanto comunitaria como nacional, haciendo especial hincapié en su dimensión aplicable a los menores de edad, interrelacionando la normativa y la interpretación

jurisprudencial, y dotando con ello de contenido a aquellos derechos que, como se pone de relieve en este estudio, carecen de una definición omni-comprehensiva en la actualidad.

Desde luego, el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 de la Constitución Española, en adelante CE), implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana de forma que lo que el art. 18.1 CE garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuales sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio de todo lo que se deduce que el derecho a la intimidad confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido, lo que tiene especial relevancia precisamente en relación con los daños a la privacidad de los menores de modo especial en el ciberespacio teniendo en cuenta el alcance global en tiempo real de la difusión en internet.

Sobre el particular, el consentimiento —que no necesita ser expreso— eficaz del sujeto particular permitirá la inmisión en su derecho a la intimidad, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno aunque este consentimiento puede ser revocado en cualquier momento vulnerándose el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida, sin perjuicio de que tampoco podrá considerarse ilegítima aquella injerencia o intromisión en el derecho a la intimidad que encuentra su fundamento en la necesidad de preservar el ámbito de protección de otros derechos fundamentales u otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos por el carácter no ilimitado o absoluto de los derechos fundamentales.

Una de las cuestiones que se pone de relieve en este interesante tema es que el derecho a la intimidad personal, como cualquier otro derecho, puede verse sometido a restricciones de suerte que, aunque el art. 18.1 CE no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo del derecho a la intimidad —a diferencia de lo que ocurre en otros supuestos,

como respecto de los derechos reconocidos en los arts. 18.2 y 3 CE—, su ámbito de protección puede ceder en aquellos casos en los que se constata la existencia de un interés constitucionalmente prevalente al interés de la persona en mantener la privacidad de determinada información de modo que los requisitos que proporcionan una justificación constitucional objetiva y razonable a la injerencia en el derecho a la intimidad son la existencia de un fin constitucionalmente legítimo; que la medida limitativa del derecho esté prevista en la ley (principio de legalidad); que como regla general se acuerde mediante una resolución judicial motivada y la estricta observancia del principio de proporcionalidad.

En todo caso, el análisis de la normativa aplicable se extiende también a aquella específica de la tutela del menor, incorporando la más reciente regulación del año 2021. De manera específica, cabe destacar la propuesta que lleva a cabo la profesora Orozco de aplicar al contexto de las redes sociales la reinterpretación que hace la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal Supremo de la protección del derecho a la intimidad a los personajes o figuras públicas, análisis en el que se estudia por separado la viabilidad de tal opción en función de si el titular es un adulto o un menor, para lo cual se trae a colación la jurisprudencia más reciente.

En efecto, uno de los puntos de interés de este trabajo reside en su estudio de la problemática más disruptiva que afecta a estos derechos en la actualidad, cuestiones escasamente abordadas por la doctrina especializada y sobre los que aún no existen apenas pronunciamientos judiciales, como son el *sharenting* —el fenómeno de la sobreexposición de los menores en la red por sus progenitores—, los *influencer* y, más en concreto, los *kidinfluencer* —menores con cientos de seguidores en las redes sociales y que comparten habitualmente su vida por dichos canales— para los que se proponen posibles soluciones y revisión de la tutela.

Por ello, este libro contiene una visión de conjunto de la regulación actual de dicha temática, analizando la normativa más reciente y la doctrina jurisprudencial, por lo que resulta una herramienta muy útil tanto para investigadores y estudiosos de la materia, como para los operadores jurídicos por su carácter tanto teórico como práctico.

Margarita Orozco González es Profesora Contratada Doctora de la Universidad de Murcia, actualmente Cibercooperante del Instituto Nacional de Ciberseguridad, en el marco de cuyo programa imparte conferencias sobre tutela de Derechos digitales, protección de datos, intimidad y propia imagen, en centros educativos y entidades locales, dentro del programa de Cibercooperantes y tiene experiencia en la formación a los menores en esta materia por la participación en proyectos y congresos destinados a tal fin.

La autora ha publicado dos monografías sobre la materia de derechos digitales y tiene en su haber más de una veintena de capítulos de libro, así como de artículos doctrinales sobre temas variados, con una clara especialización en Derecho de la sociedad de la información, abordando cuestiones relativas a derechos a la intimidad, honor y propia imagen, Derecho del consumo, protección de datos personales, Propiedad Intelectual y su tutela en la Red, entre otros, sobre todo lo cual ha sido Ponente en Congresos Internacionales.

El conjunto de su obra ha recibido diversos reconocimientos, destacando el Premio Extraordinario de Doctorado por la Universidad de Granada, en cuya Universidad ha impartido docencia de posgrado en materia de Intimidad de Menores (Máster Internacional en Derecho de la Infancia y la Adolescencia», Instituto de Altos Estudios Universitarios y Universidad de Granada).

La profesora Orozco ha sido, también, Directora y docente en la Escuela de Verano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia, así como Miembro del proyecto innovación y transferencia VIII edición del Proyecto IDIES, curso 21-22, subvencionado por el CSIC (Consejo Superior de Investigaciones Científicas), del Proyecto «Las plataformas digitales y los datos personales», del Centro Investigador de la Universidad de Murcia y del Proyecto de análisis del cumplimiento de la normativa de protección de datos en las redes sociales, coordinando la investigación de un grupo de estudiantes del IES «Domingo Valdivieso», de Mazarrón.

La profesora Orozco se mueve con amplia desenvoltura en dicho ámbito de los daños a la privacidad de los menores según podrán corroborar a continuación, con la pretensión de dar respuesta, desde el punto de vista doctrinal y práctico, a la necesidad de dar un tratamiento uniforme de la protección adecuada de los derechos fundamentales de la persona, singularmente los menores de edad, en el ámbito de la sociedad de la información, dada la complejidad de la materia.

Conozco, desde hace tiempo, a la autora y doy fe de su gran capacidad, como docente y como investigadora en el área de Derecho Civil, que, fácilmente, puede comprobarse con sus publicaciones en las que demuestra que es una experta civilista de la mayor categoría, encontrándose en el mejor momento ahora.

Presento, pues, muy honrado, el libro de una autora, pese a su juventud, muy madura ya, no sólo por las previas publicaciones de numerosos artículos y libros, y por sus numerosas estancias en otros centros de investigación y docencia sino, también, por la soltura acreditada por sus

numerosas conferencias, organización de congresos, colaboraciones y trabajos de coordinación en numerosas actividades formativas.

Todo su currículum y preparación profesional se ven bien plasmados en el libro que ahora presentamos al público especializado sobre un tema de especial relevancia, y de permanente actualidad. La presente monografía que ahora se ofrece al lector ha de quedar como referencia obligada para el estudioso y para el práctico del derecho, quienes, sin duda, habrán de tenerla a la vista desde este momento cuando hayan de ocuparse de alguna de las cuestiones que en la misma se analizan pero también, por sus valientes propuestas, *de lege ferenda*, deberá estar muy presente por el legislador, y no sólo el nacional.

Creo que era necesario un estudio serio, profundo y riguroso como éste sobre los daños a la privacidad de los menores destinado, sin duda, a convertirse desde ahora en obligada referencia bibliográfica como instrumento cualificado y altamente eficaz al servicio de todos los que, desde diversos aspectos, se interesen por cuestiones de tanta trascendencia como las que aquí se abordan y que debe ser tomado como punto de partida necesario para las oportunas modificaciones legislativas en el futuro.

La autora ha conseguido, sabiamente, combinar su tarea docente con las labores propias de la investigación científica, alguno de cuyos resultados tenemos ahora a la vista y que hacen presagiar que su ilusionado esfuerzo y dedicación, más temprano que tarde, la conducirán hasta los más altos escalafones administrativos de la carrera universitaria.

En esta monografía se evidencia la constancia, capacidad de trabajo, rigor científico y tenaz dedicación de una profesional de primera categoría a quien auguro un gran futuro en toda su trayectoria docente e investigadora, por su juventud, preparación y gran ilusión y voluntad de superación, que, bien lo sabe, puede contar conmigo, a su entera disposición, de manera incondicional, con lo cual me permito concluir, muy satisfecho, el presente prólogo, para no demorar más dar paso a la lectura de este magnífico libro sobre un tema apasionante tratado con gran agudeza, serena valentía, mucha documentación y fina intuición jurídica.

Domingo BELLO JANEIRO

*Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de A Coruña
Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación*

ÍNDICE

PRÓLOGO	7
1. INTRODUCCIÓN	13
2. LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD, PROPIA IMAGEN Y PROTECCIÓN DE DATOS. CONCEPTUALIZACIÓN.....	17
2.1. MARCO REGULATORIO DE ESTOS DERECHOS. SU NATURALEZA	17
2.2. CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS Y BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS	20
2.2.1. El derecho a la intimidad	20
2.2.2. Propia imagen.....	25
2.2.3. Datos de carácter personal	25
3. EL CONCEPTO DE MENOR COMO SUJETO DE DERECHO Y TITULAR DE DERECHOS.....	29
4. LA EXTIMIDAD	35
5. LA REPUTACIÓN O IDENTIDAD DIGITAL COMO NUEVO BIEN JURÍDICO	39
6. TUTELA NORMATIVA DE LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD, PROPIA IMAGEN Y PROTECCIÓN DE LOS MENORES	43
6.1. MARCO JURÍDICO GENERAL	43
6.2. TUTELA DE LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN EN EL ÁMBITO ESPECÍFICO DEL MENOR	47
6.3. LA PROTECCIÓN DE DATOS DEL MENOR.....	53
6.4. LA NOVEDAD QUE IMPLICA LA LO DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA	67

7. LA PATRIA POTESTAD Y SU PROYECCIÓN EN LA PRIVACIDAD DEL MENOR.....	73
7.1. CONCEPTO, NATURALEZA Y FACULTADES DE LA PATRIA POTESTAD.....	73
7.2. PATRIA POTESTAD VS. PRIVACIDAD DEL MENOR.....	76
8. EL CRITERIO PRIORITARIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.....	87
9. PROBLEMÁTICAS DE LA TUTELA DE LA PRIVACIDAD EN EL ENTORNO DIGITAL.....	93
9.1. SOBREEXPOSICIÓN DE LOS MENORES EN LOS SSI.....	93
9.2. UNA PROPUESTA DE APLICACIÓN ANALÓGICA DEL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL A LAS FIGURAS PÚBLICAS	95
9.2.1. El concepto de personaje público	95
9.2.2. Delimitación de esfera pública y privada	97
9.3. NUEVO PARADIGMA Y NUEVOS RIESGOS PARA LA PRIVACIDAD	100
9.3.1. La postura de la doctrina jurisprudencial	105
9.3.2. Una propuesta de aplicación en la praxis	109
9.4. LA VIABILIDAD DE LA APLICACIÓN DE ESTA DOCTRINA A LOS MENORES	118
9.5. «SHARENTING»	126
9.5.1. El resarcimiento del daño en este ámbito.....	134
10. APUNTES FINALES.....	141
BIBLIOGRAFÍA.....	155

Esta obra aborda el estudio de los derechos a la intimidad, propia imagen y protección de datos de carácter personal en el contexto de la sociedad de la información, en concreto en el ámbito de las redes sociales y servicios de la sociedad de la información, desde una perspectiva transversal. Así, como punto de partida, realiza un estudio pormenorizado de dichos derechos, su ámbito objetivo y regulación, tanto comunitaria como nacional, haciendo especial hincapié en su dimensión aplicable a los menores de edad, interrelacionando la normativa y la interpretación jurisprudencial, dotando con ello de contenido a aquellos derechos que, como se pone de relieve en este estudio, carecen de una definición omnicomprensiva en la actualidad. Por ello, este libro contiene una visión de conjunto de la regulación actual de dicha esta temática, analizando la normativa más reciente y la doctrina jurisprudencial, por lo que resulta una herramienta muy útil tanto para investigadores y estudiosos de la materia, como para los operadores jurídicos por su carácter tanto teórico como práctico. Por último, otro de los puntos de interés de este trabajo reside en su estudio de la problemática más disruptiva que afecta a estos derechos en la actualidad, cuestiones escasamente abordadas por la doctrina especializada y sobre los que aún no existen apenas pronunciamientos judiciales, como son el «sharenting» —el fenómeno de la sobreexposición de los menores en la red por sus progenitores—, los «influencers» y, más en concreto, los «kidinfluencers» —menores con cientos de seguidores en las redes sociales y que comparten habitualmente su vida por dichos canales— para los que se proponen posibles soluciones y revisión de la tutela.

Margarita Orozco González es Profesora Contratada Doctora de la Universidad de Murcia, actualmente Cibercooperante del Instituto Nacional de Ciberseguridad, en el marco de cuyo programa imparte conferencias sobre tutela de Derechos digitales en centros educativos y entidades locales, y tiene experiencia en la formación a los menores en esta materia por la participación en proyectos y congresos destinados a tal fin.

La autora ha publicado dos monografías sobre temática de derechos digitales y tiene en su haber más de una veintena de capítulos de libro, así como de artículos doctrinales sobre materias variadas, con una clara especialización en Derecho de la sociedad de la información, abordando cuestiones relativas a derechos a la intimidad, honor y propia imagen, Derecho del consumo, protección de datos personales, Propiedad Intelectual y su tutela en la Red, entre otros.

El conjunto de su obra ha recibido diversos reconocimientos, destacando el Premio Extraordinario de Doctorado por la Universidad de Granada.