

Dictamen Núm. 84/2021

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 20 de mayo de 2021, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 8 de marzo de 2021 -registrada de entrada el día 10 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias formulada por, por los daños sufridos a causa de la publicación de ciertas fotografías en una red social por parte del colegio público al que asiste.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 1 de marzo de 2019 la interesada, que dice actuar tanto en su propio nombre y derecho como en nombre y representación de su hijo menor de edad, presenta en el registro de la Delegación del Gobierno en Asturias un escrito -dirigido a la Consejería de Educación y Cultura- que califica como “denuncia contra el colegio”. En él solicita, entre otros extremos, que el menor sea resarcido por la vulneración de los “derechos fundamentales a la intimidad

y a la propia imagen” que supone la publicación, sin su consentimiento, de ciertas fotografías en la página pública que el centro educativo tiene abierta en una red social.

Expone que el padre del niño tiene atribuida por sentencia -que aún no es firme pues ha sido recurrida por ella en casación- la guarda y custodia del menor, que ambos progenitores comparten el ejercicio de la patria potestad y que el menor se encuentra escolarizado en el colegio público que cita “desde el comienzo del presente curso escolar 2018-2019”, en el que lo matricula su padre previa autorización judicial.

Refiere que el día 25 de enero de 2019 mantiene una tutoría en el centro educativo en la que manifiesta a la profesora, a la Directora y al Jefe de Estudios su “más absoluta negativa” a que las fotografías publicadas en la página del colegio, en las que aparece el rostro de su hijo “sin pixelar”, continúen en dicha red social, “máxime de forma pública”, y exige la retirada inmediata de las mismas. Manifiesta que los docentes “se negaron a hacerlo indicándome que contaban con las debidas autorizaciones por parte del progenitor custodio (...), y que tenían que confirmar” con la Consejería “si debían actuar en tal sentido, es decir, retirando las fotografías”, y que “a esta fecha” las imágenes siguen “publicadas en la misma red social”, lo que considera “inadmisibles” ante su negativa expresa como “cotitular de la patria potestad”.

Considera que la citada publicación supone “la vulneración de la normativa de protección de datos por parte del colegio público” en relación con su hijo, así como la vulneración de los derechos fundamentales del menor “a la intimidad y a la propia imagen, pues en ningún caso había recabado dicho colegio mi consentimiento ni autorización para el tratamiento de sus datos, así como tampoco para la toma de fotografías, ni mucho menos la publicación de las mismas en redes sociales ni tampoco en cualquier otro medio”.

Pone de relieve que no se ha recabado el consentimiento materno para la impartición al menor de enseñanzas religiosas ni para la realización de salidas

del centro escolar en horario lectivo, lo que entiende “una vulneración al ejercicio que ostento de la patria potestad”. También se queja de la forma de llevar a cabo las tutorías, a las que no puede asistir presencialmente por tener establecido su domicilio y trabajo en otra Comunidad Autónoma y, finalmente, reprocha al centro escolar que el día 30 de enero de 2019 al no haber acudido el padre de su hijo a recogerlo a la salida del colegio se haya optado, en lugar de llamarla a ella o al padre del niño, por dar aviso a la Policía Local.

Solicita del departamento al que se dirige que “acuerde iniciar el correspondiente procedimiento sancionador” y que “declare que procede indemnizar al menor, cuyos derechos han sido vulnerados, en la cantidad de nueve mil” euros (9.000 €).

Adjunta a su escrito diversos documentos, entre ellos, la certificación literal de la inscripción del nacimiento del niño en el Registro Civil, diversas resoluciones judiciales de las que resultan las medidas impuestas a los progenitores en cuanto al ejercicio de la patria potestad y atribución de la guardia y custodia, régimen de estancia y alimentos y matriculación en el centro educativo y los formularios, con membrete del colegio público, en los que se solicita la autorización de los padres para cursar religión católica, para el uso de imágenes del niño y para realizar salidas a pie por el barrio, así como otras complementarias.

2. El día 13 de marzo de 2019, la Jefa del Servicio de Inspección Educativa dirige una comunicación interior al Servicio de Régimen Jurídico y Normativa en la que propone desestimar en todos sus términos las pretensiones de la reclamante por considerar las actuaciones del centro educativo ajustadas a derecho, y dar traslado del escrito al Servicio de Régimen Jurídico de la Consejería al objeto de que tramite el procedimiento para ventilar la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada.

A la citada comunicación adjunta el informe elaborado por el Inspector de Educación del Distrito I con la misma fecha sobre el asunto de referencia. En

él se explica que “siempre que un alumno o alumna llega nuevo a un centro se recaba otro tipo de consentimientos de la familia, relativos al tratamiento de datos e imágenes” del mismo. A propósito de este consentimiento indica que, “tal como recomienda la AEPD, Guía para centros educativos, cabría distinguir entre la toma de imágenes como parte de la función educativa, en cuyo caso los centros estarían legitimados para ello, de las grabaciones que no responderían a dicha función, por ejemplo, la difusión del centro y de sus actividades, para lo que se deberá disponer del consentimiento de los interesados o de sus padres o tutores”, y afirma que en el caso concreto “el centro educativo procedió adecuadamente” al disponer de la autorización del padre, que es el “progenitor legalmente autorizado por auto judicial para matricularle y para realizar los trámites administrativos, previos o posteriores, que ello requiera”.

3. Con fecha 29 de marzo de 2019, el Consejero de Educación y Cultura resuelve “admitir a trámite la reclamación” y “abrir expediente”, así como nombrar instructora y secretario del procedimiento.

4. Mediante sendos escritos de 4 de abril de 2020, la Instructora comunica a la interesada y a la correduría de seguros el inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, los plazos y efectos de la falta de resolución expresa y los nombramientos de instructora y secretario del mismo.

Al resultar fallidos los intentos de notificación en el domicilio de la interesada, se practica la misma mediante la inserción del correspondiente anuncio en el *Boletín Oficial del Estado*.

5. Con fecha 13 de mayo de 2019, la Instructora del procedimiento solicita a la interesada que aporte una fotocopia de su documento nacional de identidad en el plazo de diez días hábiles, advirtiéndole que en caso contrario se le tendrá por desistida de su petición, previa resolución dictada al efecto.

La notificación del requerimiento resulta nuevamente fallida, por lo que se inserta el correspondiente anuncio en el *Boletín Oficial del Estado*.

6. Atendiendo a la petición formulada por la Instructora del procedimiento, la Directora del colegio público en el que sucedieron los hechos que dan lugar a la reclamación emite un informe, con fecha 31 de mayo de 2019, en el que concluye que “el colegio ha actuado en todo momento en interés del menor y con total respeto a las resoluciones judiciales y derechos de los padres, careciendo de fundamento alguno la denuncia”. Niega que se haya producido vulneración alguna de la normativa de protección de datos del menor y de sus derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen, pues la resolución judicial que cita “autoriza al progenitor (...) para matricular al menor (...) en el colegio público (...) y para realizar los trámites administrativos, previos o posteriores, que ello requiera”, y se cuenta con “las autorizaciones oportunas para la publicación de imágenes del menor, firmadas en fecha y forma por su padre”.

7. El día 26 de febrero de 2020 la Instructora del procedimiento elabora un informe en el que señala, a propósito de la pretensión indemnizatoria, que “la reclamante solicita 9.000 euros en nombre del menor” en concepto de daños morales sin aportar “ningún tipo de prueba (...) respecto” de su efectividad. Afirma que, como viene señalando la jurisprudencia que cita, “si bien los daños morales no pueden ser acreditados con la misma certeza que los materiales sí deben valorarse sobre bases sólidas”, y subraya que “la carga de la prueba recae” sobre la interesada y “la falta de la misma es motivo suficiente para desestimar la reclamación”. A mayor abundamiento, apunta que “el centro educativo ha obtenido autorización para la publicación de las fotografías del progenitor legalmente autorizado para ello”, que es el padre, al haber sido autorizado por resolución judicial para matricular al menor en el centro y “realizar los trámites administrativos, previos o posteriores, que ello requiera”.

8. Mediante sendos escritos de 7 de octubre de 2020, la Instructora del procedimiento comunica a la reclamante y a la correduría de seguros la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez días, adjuntándoles una relación de los documentos obrantes en el expediente, y nuevamente la notificación a la interesada tiene que realizarse mediante la publicación de un anuncio en el *Boletín Oficial del Estado*.

9. Sin que conste la comparecencia de la interesada o la formulación de alegación alguna por su parte durante la sustanciación del trámite de audiencia, con fecha 13 de enero de 2021 la Instructora del procedimiento elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio, "al no quedar acreditado el nexo causal entre el funcionamiento de la Administración y el resultado dañoso", y reitera la argumentación expuesta en su informe de 26 de febrero de 2020.

10. En este estado de tramitación, mediante escrito de 8 de marzo de 2021, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Educación, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo

18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

Advertimos no obstante, puesto que la reclamante acumula a la pretensión resarcitoria la denuncia de ciertas decisiones adoptadas por el centro educativo -que, a su juicio, deben ser sancionadas-, que nuestro análisis se limita a la reclamación de responsabilidad patrimonial atendido el objeto de la solicitud de dictamen y dados los estrictos términos en los que la competencia de este Consejo Consultivo ha sido definida en el artículo 13 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), está la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron. Habiendo sufrido el daño un menor de edad, está facultada para actuar en su representación la reclamante, madre del mismo a tenor de la certificación registral aportada, según lo establecido en el artículo 162 del Código Civil sobre representación legal de los hijos.

La Administración del Principado de Asturias está pasivamente legitimada en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter

físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”.

En el caso ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 1 de marzo de 2019, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen -la publicación de las fotografías de su hijo en la red social- en una fecha indeterminada a lo largo del curso escolar 2018/2019; ahora bien, si tenemos en cuenta que, de conformidad con lo establecido en la Resolución de 10 de mayo de 2018, de la Consejería de Educación y Cultura, por la que se aprueba el Calendario Escolar para el curso 2018-2019, la actividad lectiva en la etapa de Educación Infantil que corresponde al menor arrancó el día 10 de septiembre de 2018, es claro que ha sido formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, observamos ciertas irregularidades formales en la tramitación del procedimiento. La primera de ellas consiste en dictar una resolución por la que se acuerda “admitir a trámite la reclamación (...) y abrir expediente”. Al respecto, este Consejo viene señalando reiteradamente (entre otros, Dictámenes Núm. 141/2013, 3/2019 y 45/2021) que en los procedimientos iniciados a solicitud de persona interesada, a tenor de lo previsto en los artículos 54 y 67 de la LPAC, la mera presentación de la reclamación a instancia de parte supone que el procedimiento se ha iniciado, sin necesidad de acto expreso alguno de la Administración y con independencia

de las formalidades que esta considere oportuno realizar para el nombramiento de instructor del procedimiento.

Por otro lado apreciamos que, iniciado el procedimiento, se requirió indebidamente a la interesada -que había presentado su solicitud de forma presencial en el Registro General de la Delegación del Gobierno en Asturias- para que aportase fotocopia del documento nacional de identidad a efectos de verificar la misma, con advertencia de tenerla por desistida en el caso de desatención al amparo de lo establecido en el artículo 68 de la LPAC. Sin embargo, en la medida en que se prosiguió la tramitación pese a no haberse cumplimentado el requerimiento la omisión no surte efectos prácticos, debiendo recordarse, respecto de los requisitos de la solicitud cuya ausencia puede dar lugar a la declaración de desistimiento, que el artículo 68.1 de la LPAC los enuncia en forma cerrada, de tal manera que son, exclusivamente, los establecidos en “el artículo 66, y, en su caso, los que señala el artículo 67 u otros exigidos por la legislación específica aplicable”, y basta con examinar la normativa indicada para concluir que la reclamación de responsabilidad patrimonial que no va acompañada de una fotocopia del documento nacional de identidad en ningún caso puede considerarse defectuosa. Cuestión distinta es que la verificación de la identidad de quienes pretendan realizar “cualquier actuación prevista en el procedimiento administrativo” (artículo 11 de la LPAC) se configure en el artículo 9 de la misma Ley como una obligación de las Administraciones públicas. Cuando de la presentación de una solicitud se trata ha de distinguirse, como hace la Ley, entre los casos en que los interesados actúan de forma electrónica, mediante el empleo de un sistema de firma de los legalmente admitidos, en cuyo caso “su identidad se entenderá ya acreditada mediante el propio acto de la firma” (artículo 10.5 de la LPAC) y los restantes, esto es, cuando se actúa de forma presencial o se acude a un registro a presentar una solicitud en soporte físico, como sucedió en el asunto que analizamos. En este último supuesto la comprobación se hará en la forma establecida en el artículo 9.1 de la Ley, “mediante la comprobación de su

nombre y apellidos o denominación o razón social, según corresponda, que consten en el Documento Nacional de Identidad o documento identificativo equivalente”, de forma que será el funcionario que va a digitalizar la solicitud y practicar el correspondiente asiento quien verificará la identidad mediante el cotejo de la imagen del solicitante y de la firma que figura en la solicitud con el retrato y el autógrafo que constan en el documento nacional de identidad o equivalente. Por esta razón, en la guía editada por el Ministerio de Hacienda y Función Pública que lleva por título “FAQs./ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas./ Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público./ Preguntas frecuentes”, disponible en el Portal de Administración Electrónica (PAe) <https://administracionelectronica.gob.es>, se enuncia la “identificación de los interesados en el procedimiento” del artículo 9 de la LPAC como una de las “funciones” que deben desempeñar las oficinas de asistencia en materia de registros. En suma, a la vista de las circunstancias concurrentes y teniendo en cuenta lo anteriormente razonado, concluimos que ha de presumirse que la interesada fue identificada cuando acudió a la oficina de registro de la Delegación del Gobierno en Asturias para presentar la solicitud, por lo que la Administración autonómica no debería haberla requerido nuevamente a tal efecto.

Finalmente, se aprecia una demora injustificada en la instrucción del procedimiento, que ha estado paralizado en numerosas ocasiones; así, desde que se emite informe por parte del servicio responsable -mayo de 2019- hasta que la Instructora elabora un informe -febrero de 2020-, desde esta última fecha hasta la apertura del trámite de audiencia -octubre del mismo año-, desde el trámite de audiencia -que discurre sin la formulación de alegación alguna- hasta que se elabora la propuesta de resolución -enero de 2021- y también desde este momento hasta la solicitud de dictamen -marzo de 2021-. Estos retrasos provocan que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se haya rebasado ya el plazo de seis meses para

adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 91.3 de la LPAC, aun teniendo en cuenta la suspensión de dicho plazo entre el 14 de marzo y el 1 de junio de 2020 en virtud de lo previsto en la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el Estado de Alarma para la Gestión de la Situación de Crisis Sanitaria ocasionada por el COVID-19, y sus prórrogas. No obstante, ello no impide que la resolución se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 32 de la LRJSP establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 34 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de

producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- Se somete a nuestra consideración la pretensión de resarcimiento de los daños morales sufridos por un niño de cuatro años de edad con motivo de la publicación de unas fotografías en la red social que administra el centro escolar de titularidad pública al que asiste, contando con el consentimiento de un progenitor pero no con el del otro, cotitular de la patria potestad aunque privado de su ejercicio en cuanto a la formalización de la matrícula del menor y a la realización de “los trámites administrativos, previos o posteriores, que ello requiera”. Entiende la reclamante -madre del niño- que la publicación sin su consentimiento entraña una intromisión ilegítima en la intimidad y la propia imagen del menor.

En lo que concierne a la efectividad del daño, debemos recordar que a tenor de lo dispuesto en el artículo noveno, apartado tres, de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad

Personal y Familiar y a la Propia Imagen, “La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida”. De dicha previsión legal se infiere que la mera constatación de una intromisión ilegítima en la intimidad o la propia imagen -sea o no dañina o perjudicial para quien la sufre- conduce a presumir un daño moral, que merecerá una mayor o menor valoración en función de las circunstancias concurrentes. Se impone, por tanto, despejar si se ha producido aquí una intromisión ilegítima.

Como señala el Tribunal Constitucional en la Sentencia 27/2020, de 24 de febrero -ECLI:ES:TS:2020:27-, “el derecho a la propia imagen (art. 18 CE), como concreción del más amplio derecho a la dignidad de la persona, está dirigido a proteger su vida privada y familiar, lo que engloba su dimensión moral y también social, atribuyéndole dos facultades primordialmente: la de decidir qué información gráfica formada por sus rasgos físicos puede tener difusión pública y, la segunda, la de impedir la captación, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de cualquier persona no autorizada fuera cual fuese la finalidad perseguida por esta (...). Esto significa que la regla primera para lograr la protección de este derecho fundamental consiste en que para poder captar, reproducir y/o publicar la imagen de una persona es indispensable su consentimiento inequívoco, siendo excepcionales los supuestos en los que no se requiere dicha autorización y que aparecen contemplados en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo”.

Según se desprende de la doctrina constitucional, el derecho a la propia imagen es autónomo respecto del resto de derechos fundamentales enunciados en el artículo 18 de la Constitución, ya que estos protegen bienes jurídicos distintos, aunque en ocasiones la intromisión en la propia imagen puede suponer una injerencia simultánea en el honor o intimidad. En este sentido, se expresa en la Sentencia del Tribunal Constitucional 139/2001, de 18 de junio -ECLI:ES:TC:2001:139-, que el derecho a la propia imagen es “un derecho

constitucional autónomo que dispone de un ámbito específico de protección frente a reproducciones de la imagen que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima, pretendiendo la salvaguarda de un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás". En la Sentencia 156/2001, de 2 de julio -ECLI:ES:TC:2001:156-, insiste el Tribunal Constitucional en que "mediante la captación y reproducción gráfica de una determinada imagen de un persona se puede vulnerar su derecho a la intimidad sin lesionar el derecho a la propia imagen, lo que sucederá en los casos en los que mediante las mismas se invade la intimidad pero la persona afectada no resulte identificada a través de sus rasgos físicos; en segundo lugar, también puede vulnerarse el derecho a la propia imagen sin conculcar el derecho a la intimidad, supuesto este que se producirá cuando las imágenes permitan la identificación de la persona fotografiada, pero no entrañe una intromisión en su intimidad; y, finalmente, puede suceder que una imagen lesione al mismo tiempo ambos derechos, lo que ocurriría en los casos en los que revele la intimidad personal y familiar y permita identificar a la persona fotografiada". En la ya citada Sentencia 27/2020, de 24 de febrero -ECLI:ES:TC:2020:27-, afirma el Alto Tribunal que "la defensa que constitucionalmente se dispensa a la imagen de la persona también comprende las llamadas fotografías neutrales, es decir, todas aquellas que, aunque no contengan información gráfica sobre la vida privada o familiar del retratado, muestran sin embargo su aspecto físico de modo que lo haga reconocible". En definitiva, tal como establece el artículo séptimo, apartado 5, de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, tiene la consideración de intromisión ilegítima "La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos", teniendo en cuenta que no se reputa ilegítima la intromisión "cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso" (artículo segundo, apartado dos).

Cuando se trata de la captación y difusión de fotografías de niños en medios de comunicación social, la Sentencia del Tribunal Constitucional 158/2009, de 25 de junio -ECLI:ES:TC:2009:158-, advierte que “el ordenamiento jurídico establece en estos supuestos una protección especial, en aras a proteger el interés superior del menor”, apreciando que “ni existe un interés público en la captación o difusión de la fotografía que pueda considerarse constitucionalmente prevalente al interés superior de preservar la captación o difusión de las imágenes de los menores en los medios de comunicación, ni la veracidad de la información puede justificar esa intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de los menores, pues este derecho fundamental del menor viene a erigirse, por mor de lo dispuesto en el art. 20.4 CE, en límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz”.

En el caso que analizamos no hemos tenido ocasión de examinar las fotografías que la interesada reputa lesivas de los derechos a la intimidad y a la propia imagen de su hijo, pues no se han incorporado al expediente; ahora bien, puesto que la reclamante no concreta ni justifica en qué medida las citadas imágenes han de ser preservadas de la difusión pública por afectar a la intimidad del menor, y pudiendo presumirse razonablemente que las instantáneas han sido tomadas en el desarrollo de la actividad lectiva y reflejan escenas de la vida escolar, hemos de convenir que las mismas se corresponden con fotografías “neutrales” en la terminología empleada por el Tribunal Constitucional; esto es, imágenes que no afectan a la vida privada o íntima del niño, lo que nos permite descartar que la publicación haya ocasionado la intromisión en el derecho a la intimidad merecedora de reproche.

Respecto al derecho a la propia imagen del menor -susceptible de ser lesionado por la publicación de fotografías inocuas-, el artículo 4 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, nos recuerda que también son titulares de los derechos reconocidos en la Ley

Orgánica 1/1982, con la singularidad de que su derecho a la propia imagen queda protegido -aunque medie el consentimiento del menor o de sus representantes legales- ante “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” (apartado 3). Son solo esas imágenes nocivas las que determinan “la intervención del Ministerio Fiscal”, que “solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados” (apartado 2).

En el supuesto planteado resulta evidente -atendida la corta edad del menor- que la prestación del consentimiento para la difusión de las imágenes corresponde a quienes ejerzan la patria potestad. Desechado que las fotografías comprometan la honra o reputación del pequeño, solo la falta de ese consentimiento determinaría que nos enfrentemos a una intromisión ilegítima.

Al respecto, consta en el expediente que ante la separación y el desacuerdo entre los progenitores la guarda y custodia ha sido efectivamente atribuida al padre, mediante una decisión judicial en la que se puntualiza que le corresponde matricular al menor en el centro escolar y “realizar los trámites administrativos, previos o posteriores, que ello requiera”. A la vista del auto judicial se concluye que el ejercicio de la patria potestad -en lo que atañe a la vida escolar del menor- corresponde a su padre (atendiendo aquí a la regla general derivada del artículo 156, pues el menor convive con su progenitor y no con su madre), y el consentimiento paterno es suficiente para todas las actuaciones que se enmarcan en el ejercicio ordinario de la patria potestad, por lo que al padre compete la función de adoptar las decisiones secundarias a la participación de su hijo en la vida escolar. La madre podría reaccionar frente a la publicación de fotografías que objetivamente perjudiquen al menor o instar una modificación del actual régimen de ejercicio de la patria potestad, pero su oposición a unas imágenes inocuas no enerva la eficacia del consentimiento adecuadamente recabado al padre del menor. Resulta de aplicación, en

definitiva, al caso aquí analizado la regla del artículo segundo, apartado dos, de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, conforme a la cual no se reputa ilegítima la intromisión “cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso”, sin que entre aquí en juego la excepción que consagra el artículo 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

También invoca la madre “la vulneración de la normativa de protección de datos por parte del colegio público” en relación con su hijo, pero debe tenerse en cuenta que la eventual quiebra de esa normativa no conduciría a un resarcimiento -que es lo que aquí se enjuicia-, sino a la adopción de otras medidas. Aparte de esa esencial consideración, se advierte que el artículo 92 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, consagra la licitud del tratamiento de los datos de los menores de catorce años fundado en el consentimiento del titular de la patria potestad.

Por otra parte, se advierte aquí que la pretensión resarcitoria ejercitada por la madre no parece responder al recto ejercicio de un interés legítimo del menor, sino más bien a la defensa de su propia posición como cotitular de la patria potestad, lo que debió articular por otros cauces. En ningún momento se justifica que la publicación autorizada por el padre de las fotografías, seleccionadas por el centro educativo, del pequeño junto a sus compañeros pueda alcanzar a generar en el menor un daño de una u otra naturaleza. En tales circunstancias, la madre del menor puede ejercitar -en su propio nombre- cuantas acciones le asistan, pero al pretender en nombre del menor la reparación de un daño que derivaría del consentimiento prestado por el otro progenitor altera el sentido de las decisiones judiciales recaídas y de la institución resarcitoria.

En definitiva, de no haber mediado el adecuado consentimiento del progenitor autorizado judicialmente para la tramitación de la actividad escolar del menor se hubiera vulnerado su derecho a la imagen, pero la Administración educativa recabó oportunamente el consentimiento del padre -que ha de

reputarse suficiente- y, en cualquier caso, no cabría asumir el automatismo del resarcimiento que aquí se promueve, pues se constata que las imágenes difundidas no entrañan ningún género de menoscabo para el menor y su difusión fue autorizada por quien tenía atribuida su guarda y custodia.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.