



*Defensor del Menor
en la Comunidad de Madrid*

Estudios e Investigaciones 2003

Edita: EL DEFENSOR DEL MENOR EN LA COMUNIDAD DE MADRID

Depósito Legal: M-20.918-2004

Imprime: SOLANA E HIJOS, A.G., S.A.

C/ San Alfonso, 26. La Fortuna (Leganés)

ÍNDICE

	<u>Páginas</u>
PRESENTACIÓN	21
LA SITUACIÓN EDUCATIVA DEL ALUMNADO CON NECESIDADES EDUCATIVAS ESPECIALES ASOCIADAS A DISCAPACIDAD EN LA COMUNIDAD DE MADRID	27
1. LA CONSTRUCCIÓN SOCIAL DE LAS DIFICULTADES DE APRENDIZAJE DE LOS ALUMNOS Y DE LA DISCAPACIDAD	31
1.1. <i>La construcción social de la discapacidad educativa: los alumnos con necesidades educativas especiales</i>	31
1.2. <i>Un modelo interactivo para comprender las necesidades educativas de los alumnos</i>	32
1.3. <i>Calidad de la enseñanza, modalidad de escolarización y aprendizaje de los alumnos con necesidades educativas especiales</i>	33
1.4. <i>Tensiones actuales en la educación</i>	35
1.5. <i>Dilemas e incertidumbres</i>	36
1.6. <i>Los objetivos del estudio</i>	38
1.7. <i>El modelo de evaluación elegido para estudiar la situación de los alumnos con necesidades educativas especiales</i>	38
2. METODOLOGÍA UTILIZADA	40
3. LA NORMATIVA EDUCATIVA Y LABORAL	43
4. LOS DATOS DE ESCOLARIZACIÓN	47
4.1. <i>Datos de alumnado con necesidades educativas especiales matriculado en centros ordinarios</i>	47
4.2. <i>Datos de alumnado con necesidades educativas especiales matriculado en centros específicos</i>	48
4.3. <i>Datos generales de alumnos con necesidades educativas especiales</i>	50

	<u>Páginas</u>
5. LA OPINIÓN DE LOS PROFESORES DE CENTROS ORDINARIOS QUE ESCOLARIZAN ALUMNOS CON NECESIDADES EDUCATIVAS ESPECIALES	52
5.1. <i>El contexto educativo y social</i>	52
5.1.1. Actitudes ante la integración	52
5.1.2. Normas legales y responsabilidad de la Administración educativa . .	57
5.2. <i>La organización y el funcionamiento del centro</i>	60
5.2.1. La formación de los profesores	60
5.2.2. Organización, funcionamiento y valoración del centro	63
5.2.3. Organización de los apoyos	67
5.2.4. Relaciones con los padres	70
5.3. <i>Los procesos de enseñanza</i>	71
5.3.1. Objetivos educativos	71
5.3.2. Metodología en el aula	73
5.4. <i>Los resultados de la atención educativa a los alumnos con necesidades educativas especiales en centros ordinarios que escolarizan alumnos con necesidades educativas especiales</i>	76
5.4.1. Valoración de la integración	76
5.4.2. Satisfacción de los alumnos	82
5.4.3. La satisfacción profesional de los docentes	84
5.4.4. Cambios propuestos	87
5.5. <i>La evaluación cualitativa</i>	89
5.5.1. Contexto educativo y social	90
5.5.2. Normativa y responsabilidad de la Administración educativa	91
5.5.3. Organización, funcionamiento y valoración de los centros	92
5.5.4. Procesos de enseñanza	92
5.5.5. La opinión de los responsables de las Direcciones de Área Territorial	94
6. LA OPINIÓN DE LOS MAESTROS DE CENTROS DE EDUCACIÓN ESPECIAL	95
6.1. <i>Contexto educativo y social</i>	96
6.1.1. Las actitudes de los maestros	96
6.1.2. Normas legales y responsabilidad de la Administración educativa . .	97
6.2. <i>Organización y funcionamiento del centro</i>	98
6.2.1. Formación de los maestros	98

	<u>Páginas</u>
6.2.2. Organización, funcionamiento y valoración del centro	99
6.2.3. Relaciones con los padres	102
6.3. <i>Procesos de enseñanza</i>	103
6.3.1. Objetivos educativos	103
6.3.2. Metodología educativa	104
6.4. <i>Resultados</i>	105
6.4.1. Valoración de la atención educativa de los alumnos con necesidades educativas especiales	105
6.4.2. Satisfacción de los alumnos	107
6.4.3. Satisfacción profesional	107
6.4.4. Cambios propuestos	108
6.5. <i>La evaluación cualitativa</i>	110
6.5.1. Contexto educativo y social	111
6.5.2. Organización, funcionamiento y valoración de los centros	112
7. LA OPINIÓN DE LOS EQUIPOS Y DEPARTAMENTOS DE ORIENTACIÓN	114
7.1. <i>Contexto educativo y social</i>	115
7.1.1. Actitudes	115
7.1.2. Normas legales y responsabilidad de la Administración educativa	119
7.2. <i>Organización y funcionamiento del centro</i>	121
7.2.1. La formación de los profesores	121
7.2.2. Organización, funcionamiento y valoración del centro	122
7.2.3. La relación con los padres	125
7.2.4. Organización de los apoyos	126
7.3. <i>Proceso de enseñanza</i>	129
7.3.1. Objetivos educativos	129
7.3.2. Metodología en el aula	131
7.4. <i>Resultados</i>	134
7.4.1. Valoración de la experiencia de integración	134
7.4.2. Satisfacción de los alumnos	139
7.4.3. Satisfacción profesional de los docentes	141
7.4.4. Valoración de la coordinación de los equipos y departamentos de orientación	143

	<u>Páginas</u>
7.4.5. Cambios propuestos	144
7.5. <i>Evaluación cualitativa</i>	147
7.5.1. Contexto educativo y social	148
7.5.2. Organización y funcionamiento del Centro	148
7.5.3. Procesos de enseñanza	149
7.5.4. Resultados	150
7.5.5. La opinión de los Responsables de las Subdirecciones Territoriales de Madrid	151
8. LAS OPINIONES DE LOS ALUMNOS	152
8.1. <i>Contexto</i>	153
8.1.1. Actitudes ante la integración	153
8.1.2. Relaciones con los padres	155
8.2. <i>Organización y funcionamiento de los centros</i>	156
8.3. <i>Procesos de enseñanza</i>	157
8.4. <i>Resultados</i>	159
8.4.1. Valoración de la experiencia de integración	159
8.4.2. Satisfacción de los alumnos	160
8.4.3. Perspectiva laboral	164
9. LAS OPINIONES DE LAS FAMILIAS	166
9.1. <i>Contexto</i>	167
9.1.1. Información y ayudas recibidas	167
9.1.2. La coordinación de los especialistas	167
9.1.3. Actitudes ante la integración	168
9.1.4. Relaciones familiares	169
9.1.5. Preocupaciones	169
9.2. <i>Organización y funcionamiento del centro</i>	170
9.2.1. Funcionamiento y valoración del centro	170
9.2.2. Relaciones con los padres	173
9.3. <i>Resultados</i>	175
9.3.1. Valoración de la situación educativa de los alumnos con necesidades educativas especiales	175
9.3.2. Relaciones sociales de sus hijos	176

	<u>Páginas</u>
9.3.3. Perspectivas laborales	177
9.3.4. Cambios propuestos	177
9.4. <i>Evaluación cualitativa</i>	180
9.4.1. Contexto educativo y social	181
9.4.2. Organización y funcionamiento de los centros educativos	183
9.4.3. Resultados	185
10. CONCLUSIONES	187
LA EDUCACIÓN SEXUAL EN LA SOCIEDAD ACTUAL	207
1. ¿DE QUÉ ESTAMOS HABLANDO? LAS PALABRAS Y LOS CONCEPTOS	209
1.1. <i>Las palabras</i>	209
1.2. <i>Los conceptos</i>	210
2. LA EDUCACIÓN SEXUAL EN ESPAÑA	213
2.1. <i>Las personas y las leyes</i>	213
2.2. <i>¿Qué ha ocurrido en la realidad?</i>	215
3. NECESIDAD DE EDUCACIÓN SEXUAL EN LA SOCIEDAD ACTUAL Y MODELOS ALTERNATIVOS . . .	215
3.1. <i>Necesidad de educación sexual en la sociedad actual</i>	215
3.2. <i>¿De qué modelo?</i>	216
3.2.1. <i>Modelo de riesgos</i>	216
3.2.2. <i>Modelo moral</i>	219
3.3. <i>Modelo revolucionario (Emancipador, socio-político, etc.)</i>	224
3.4. <i>Modelo biográfico y profesional</i>	227
4. EL ROL DE LA FAMILIA EN LA EDUCACIÓN SEXUAL	232
4.1. <i>Funciones fundamentales de los padres</i>	233
4.2. <i>¿Cómo pueden colaborar los padres con la escuela?</i>	234
5. EL ROL DE LA ESCUELA	235
5.1. <i>¿Por qué es necesaria la educación sexual en la escuela?</i>	235
5.2. <i>La importancia del aprendizaje incidental</i>	236
5.3. <i>Alternativas organizativas de la educación sexual en la escuela</i>	237

	<u>Páginas</u>
5.4. <i>Los niveles de concreción del currículum</i>	239
5.5. <i>Precondiciones de la educación sexual en la escuela</i>	240
5.6. <i>Las buenas prácticas: Etapas de la intervención</i>	241
5.7. <i>La participación de los alumnos</i>	243
5.8. <i>El tratamiento de lo privado</i>	244
5.9. <i>El clima de clase</i>	245
5.10. <i>Sobre el lenguaje más adecuado</i>	246
6. LOS AGENTES EXTERNOS A LOS CENTROS EDUCATIVOS	248
6.1. <i>Los servicios sanitarios y la educación sexual</i>	248
6.2. <i>Los Ayuntamientos</i>	249
6.3. <i>Las Universidades, escuelas de magisterio y otros centros de formación</i>	250
6.4. <i>Posibles expertos en educación sexual</i>	250
6.5. <i>Los medios de comunicación</i>	250
7. OBJETIVOS Y CONTENIDOS BÁSICOS DE LA EDUCACIÓN SEXUAL	251
7.1. <i>Objetivos generales</i>	252
7.2. <i>Contenidos generales de la educación sexual</i>	256
7.2.1. <i>Las fuentes de los contenidos</i>	256
7.2.2. <i>Naturaleza y características de los contenidos</i>	258
7.2.3. <i>Procesos pedagógicos en relación con los contenidos</i>	258
7.3. <i>Objetivos y contenidos por etapas</i>	260
7.3.1. <i>Objetivos y contenidos de la educación infantil (0-6 años)</i>	260
7.3.1.1. <i>Conocimiento del cuerpo, identidad sexual y rol de género</i>	261
7.3.1.2. <i>Familia y vínculos afectivos</i>	261
7.3.1.3. <i>Los amigos y compañeros</i>	262
7.3.1.4. <i>Nuestro origen</i>	263
7.3.1.5. <i>Comunicación, preguntas y lenguaje sobre sexuales y afectos</i>	264
7.3.2. <i>Objetivos y contenidos durante primaria (6-12 años)</i>	264
7.3.2.1. <i>Cuerpo, figura corporal, identidad sexual y rol de género</i>	265
7.3.2.2. <i>Vínculos afectivos y familia</i>	266
7.3.2.3. <i>La amistad y las relaciones con los iguales</i>	266

	<u>Páginas</u>
7.3.2.4. Reproducción y respuesta sexual humana	267
7.3.3. Conductas sexuales y riesgos: los abusos	268
7.3.4. La comunicación	269
7.4. <i>Objetivos y contenidos en secundaria (12-18 años)</i>	269
7.4.1. Introducción	269
7.4.2. Nuestro cuerpo y nuestros afectos son sexuados	270
7.4.3. Cambios en el cuerpo y en los afectos: la pubertad	271
7.4.4. La Respuesta Sexual Humana	271
7.4.5. Identidad sexual y rol de género	272
7.4.6. Los efectos sexuales: Deseo: atracción y enamoramiento	272
7.4.7. Las conductas sexuales de los adolescentes	273
7.4.8. Riesgo asociado a la actividad sexual	273
7.4.9. Anticoncepción y otras prácticas seguras	274
7.4.10. Relaciones interpersonales	275
7.4.11. Los abusos y la violencia sexual	275
7.4.12. Comercialización de la sexualidad	276
8. RIESGOS ACTUALES DE LA FALTA DE EDUCACIÓN FAMILIAR Y ESCOLAR	276
9 RECOMENDACIONES	278
EL HONOR DEL MENOR	281
1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL DERECHO AL HONOR	283
2. EL DERECHO AL HONOR DEL MENOR EN PARTICULAR	286
2.1. <i>Delimitación del derecho al honor del menor</i>	287
2.2. <i>Conveniencia de la intervención del menor para la conformación del contenido del derecho</i>	287
2.3. <i>Interés público en su protección</i>	288
2.4. <i>Una intromisión que sería legítima deja de serlo por ser un menor el titular del derecho</i>	288
2.5. <i>Indisponibilidad del derecho al honor del menor</i>	289
3. EL PROBLEMA DE LOS USOS SOCIALES EN LA CONFIGURACIÓN DEL HONOR	290

	<u>Páginas</u>
4. LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN EL HONOR DEL MENOR	292
5. RESPONSABILIDAD O IRRESPONSABILIDAD JURÍDICA DEL MENOR EN RELACIÓN CON SU HONOR	293
6. APROXIMACIÓN AL DISFRUTE, EJERCICIO Y PROTECCIÓN DEL HONOR DEL MENOR	295
7. EL CONSENTIMIENTO A LA INTROMISIÓN EN EL HONOR. ¿MODIFICACIÓN DE LA POSIBILIDAD DE CONSENTIR A LA LUZ DEL ARTÍCULO 4.3. LOPJM?	297
8. EL HONOR DEL MENOR DESDE LA ÓPTICA DE LA LOPJM	301
9. HONOR DEL MENOR Y DIFAMACIÓN EN LA LEY	304
10. REQUISITOS PARA QUE EXISTA DIFAMACIÓN DEL MENOR	307
11. UNA CUESTIÓN COLATERAL AL DERECHO AL HONOR DEL MENOR: POSIBLES INTERPRETACIONES DE LA EXPRESIÓN “CONTRARIA A SUS INTERESES”, DE LOS APARTADOS SEGUNDO Y TERCERO DEL ARTÍCULO 4 DE LA LOPJM	312
ANEXO: MECANISMOS PARA EL RESPETO DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIAS IMAGEN DE LOS MENORES	317
CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL	331
1. PRINCIPIOS Y FUNDAMENTOS	333
1.1. <i>Finalidad del documento</i>	333
1.2. <i>Interrogantes de partida</i>	334
1.3. <i>La familia: fundamentos de las políticas familiares</i>	336
1.4. <i>Principios y modelos de políticas familiares</i>	338
1.4.1. Principios	338
1.4.2. Modelos de políticas familiares	342
1.5. <i>Conciliación de la vida familiar y laboral</i>	341
2. CONCILIACIÓN ENTRE VIDA LABORAL Y FAMILIAR EN LOS PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA	343
2.1. <i>El descanso por maternidad las excedencias parentales</i>	344
2.1.1. El descanso y las prestaciones por maternidad	344
2.1.2. Las excedencias parentales	344

	<u>Páginas</u>
2.2. Horarios comerciales, escolares y de servicios públicos	345
2.3. Trabajo a tiempo parcial y flexibilidad de horarios laborales	345
2.4. Prestaciones monetarias y desgravaciones fiscales	346
2.4.1. Subsidios familiares	346
2.4.2. La fiscalidad de las familias	347
2.5. Servicios dirigidos a las familias	348
2.6. Escuelas de educación infantil y guarderías infantiles	348
2.7. Asistencia domiciliaria para los enfermos y personas mayores	349
2.8. Políticas dirigidas a familias numerosas	349
2.9. Visión comparada de España con otros países de la Unión Europea	350
3. MEDIDAS ESTATALES PARA CONCILIAR LA VIDA FILIAR Y LABORAL EN ESPAÑA	351
3.1. Introducción	351
3.2. Plan integral de apoyo a la familia	357
3.3. Plan de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres	366
3.4. Cuadro comparativo de las prestaciones por hijo a cargo de la Unión Europea	367
4. LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL EN LA COMUNIDAD DE MADRID	371
4.1. Familia madrileña: contexto, características y perspectivas	371
4.2. La atención a la infancia como eje central de la convivencia familiar. El modelo de la Comunidad de Madrid	376
4.3. Planes de igualdad de oportunidades en la Comunidad de Madrid	386
4.3.1. IV Plan de igualdad de mujeres y hombres de la Comunidad de Madrid	386
4.3.2. Plan de igualdad de oportunidades del Ayuntamiento de Madrid	388
5. RECOMENDACIONES Y PROPUESTAS	389
ANEXO I: CUADRO COMPARATIVO DE LAS PRESTACIONES POR HIJO A CARGO EN LA UNIÓN EUROPEA	403
ANEXO II: OTROS CUADROS Y TABLAS (VISIÓN COMPARADA DE LAS ÚLTIMAS DÉCADAS)	405
ANEXO III: COMENTARIOS SOBRE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA RECIENTE RELACIONADA CON LA FAMILIA	411

	<u>Páginas</u>
ANEXO IV: LÍNEAS ACTUALES DE ACTUACIÓN DE EDUCACIÓN INFANTIL EN MADRID	423
EL ABUSO SEXUAL Y OTRAS FORMAS DE MALTRATO INFANTIL	431
AGRADECIMIENTOS	433
RESUMEN.	442
1. INTRODUCCIÓN	445
2. MARCO DEL PROYECTO	448
3. OBJETIVOS	452
4. METODOLOGÍA	453
4.1. <i>Selección de la muestra</i>	453
4.2. <i>Instrumentos y variables investigadas</i>	458
4.3. <i>Procedimiento</i>	460
5. CONCLUSIONES	462
– <i>Conocimiento y comunicación del maltrato y abuso sexual infantil. Colaboración, valoración y ayudas especializadas</i>	462
– <i>Conocimiento, uso y valoración de la Comisión de Apoyo Familiar</i>	470
– <i>Diseño y planificación curricular. Desarrollo práctico en el aula</i>	471
– <i>Formación del profesorado</i>	477
– <i>Perspectivas de abordaje. Programas preventivo-comunitarios</i>	481
6. PROPUESTAS DE MEJORA	483
6.1. <i>Síntesis</i>	483
– <i>Cuadro</i>	485
6.2. <i>Desarrollo</i>	487
– <i>Conocimiento y comunicación del maltrato y abuso sexual infantil. Colaboración, valoración y ayudas especializadas</i>	487
– <i>Comisión de Apoyo Familiar y recursos interinstitucionales</i>	491
– <i>Diseño y planificación curricular en los Centros. Desarrollo práctico en el aula</i>	495
– <i>Formación del profesorado</i>	498

	<u>Páginas</u>
– Abordaje de la educación afectivo-sexual y el abuso sexual infantil. Programas preventivo-comunitarios	500
7. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA	504
ANEXOS.	508
ÍNDICE DE SIGLAS	523

PRESENTACIÓN

PRESENTACIÓN

Durante el año 2003, en ejercicio de la competencia referida al desarrollo de acciones que permitan conocer las condiciones en que los menores de edad ejercen los derechos, los adultos los respetan y la Comunidad los conoce, atribuida a la Institución del Defensor Del Menor por el artículo 3.1. e) de su Estatuto Jurídico, esta Institución resolvió encomendar a expertos la elaboración de diversos estudios e investigaciones sobre asuntos de gran repercusión social, relativos a la realidad y problemáticas de la Infancia y la Adolescencia. Con ello, se pretende ahondar en el conocimiento de los casos puestos de manifiesto por los ciudadanos a través de sus escritos de queja.

Los estudios e investigaciones llevados a cabo durante el año 2003 han sido los siguientes:

- LA SITUACIÓN EDUCATIVA DEL ALUMNADO CON NECESIDADES EDUCATIVAS ESPECIALES ASOCIADAS A DISCAPACIDAD EN LA COMUNIDAD DE MADRID
- LA EDUCACIÓN SEXUAL EN LA SOCIEDAD ACTUAL
- MECANISMOS PARA EL RESPETO DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN DE LOS MENORES
- CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL
- ABUSO SEXUAL Y OTRAS FORMAS DE MALTRATO INFANTIL

1. LA SITUACIÓN EDUCATIVA DEL ALUMNADO CON NECESIDADES EDUCATIVAS ESPECIALES ASOCIADAS A DISCAPACIDAD EN LA COMUNIDAD DE MADRID

El nuevo enfoque en el tratamiento educativo a los alumnos con necesidades educativas especiales ha contribuido a ampliar su integración en la escuela ordinaria y a impulsar cambios que contribuyan a su mejor educación.

Este estudio surge de la necesidad de evaluar cómo se está desarrollando la educación de los alumnos con necesidades educativas especiales en los centros ordinarios y en los específicos, qué condiciones la facilitan, qué barreras la dificultan y cómo se están cumpliendo los objetivos educativos para estos alumnos en cualquier tipo de centro. La comunidad científica coincide en la importancia de la calidad del proyecto educativo de una escuela para conseguir una educación satisfactoria de los ACNEES en contextos integradores y en los puntos anteriormente referidos se centran los principales objetivos de este estudio.

Para saber cuál es la respuesta educativa que reciben los ACNEES se ha buscado conocer la opinión de todos los colectivos implicados en la educación de las personas con discapacidad y se han realizado entrevistas a diferentes profesionales con el fin de facilitar y completar la información.

2. LA EDUCACIÓN SEXUAL EN LA SOCIEDAD ACTUAL

En este estudio se pretende dejar claro que la concepción que se tiene hoy de la sexualidad es una visión científico-profesional frente a un modelo definido desde criterios morales. La educación sexual intenta ayudar a las personas a resolver adecuadamente la necesidad de intimidad corporal y afectiva, a la vez que a ser libre, organizando su propia biografía sexual y a responsabilizarse de ella. Así, desde su comienzo, se definen conceptos que a continuación se tratarán extensamente, entre ellos, el de educación sexual y las funciones que ésta cumple en la sociedad.

Este estudio consta de varios apartados que tratan muy diversos temas, entre los que cabe destacar las condiciones necesarias para un buen desarrollo de la sexualidad. Prosigue con un breve recorrido de la educación sexual en España y su evolución en las distintas Comunidades y centros educativos, señalando las razones que la justifican y el modelo desde el que se debe hacer. También se analizan detenidamente los roles que cumplen la familia y la escuela en la formación de los menores de edad y la responsabilidad de ambas instituciones para coordinar sus funciones y conseguir así una mayor efectividad.

El presente estudio incluye una serie de objetivos que debe cumplir la educación sexual teniendo en cuenta los riesgos que corre la sociedad actual en el campo de la sexualidad, especialmente en todo lo relativo a la falta de educación familiar y escolar. Y, por último, se presenta el cuerpo de recomendaciones a modo de conclusiones en las que se resumen los aspectos fundamentales de la investigación.

3. MECANISMOS PARA EL RESPETO DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN DE LOS MENORES

Este informe técnico se ha elaborado con el ánimo de clarificar las dudas que surgen con frecuencia en torno al necesario equilibrio entre el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de los menores de edad y la libertad de información, como pilar básico de un estado democrático. En él se tratan diferentes cuestiones como el concepto de intimidad, el consentimiento a las intromisiones a la intimidad, el modo de evitar que se conculque este derecho, las actuaciones imprescindibles si se quiere respetar y un análisis de la jurisprudencia sobre el tema.

El nuevo rumbo que parecen haber tomado los gustos de gran parte de la sociedad española moderna en lo que a programación televisiva, prensa y radio se refiere, así como la curiosidad que despierta en ella la intimidad ajena, hacen de este estudio un instrumento útil de consulta y de reflexión, que lleve a cuestionar hacia dónde conducen estos nuevos hábitos y en qué medida se ven afectados los menores de edad víctimas de ellos. Tal vez éste sea un momento oportuno para abordar todas estas cuestiones, analizar el papel que desempeñan los niños y adolescentes en ellas y en qué medida están amparados por la legislación que les protege.

4. CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL

El presente estudio trata de aportar un posible punto de partida para mejorar y definir políticas de apoyo a la infancia y a la familia y conciliar la vida familiar y laboral en la Comunidad de Madrid. Pre-

tende alumbrar posibles recomendaciones o propuestas de la Institución del Defensor del Menor en esta materia.

Tanto los análisis previos como las recomendaciones y propuestas, aunque se elaboran considerando a todos los posibles miembros de la unidad familiar, contemplan de manera especial lo que concierne a la infancia y a la familia y, dentro de la familia, a los miembros dependientes de ésta, los más frágiles, los que con frecuencia no opinan: los niños.

A lo largo de todo el estudio se presentan varios modelos de políticas familiares, se describen y analizan las distintas iniciativas de apoyo a la familia que se llevan a cabo en algunos países de la Unión Europea así como la situación de nuestro país y, finalmente, este recorrido se centra en la Comunidad de Madrid, especialmente en las medidas de atención a la infancia y educación infantil. Asimismo se incluyen consideraciones, conclusiones, recomendaciones y propuestas para la conciliación de la vida familiar y laboral. Un último apartado presenta los cuadros comparativos sobre las prestaciones a la familia en diversos países, comentarios sobre la reciente legislación española relacionada con el tema del estudio y las medidas y recursos destinados por la Comunidad de Madrid al desarrollo de líneas de educación infantil.

5. ABUSO SEXUAL Y OTRAS FORMAS DE MALTRATO INFANTIL

Este estudio ha permitido realizar un diagnóstico de la situación global, en el ámbito educativo, respecto del conocimiento y afrontamiento por parte del profesorado, del abuso sexual y otras formas de maltrato infantil en el contexto de la ciudad de Alcalá de Henares.

De acuerdo con los resultados observados en este estudio, resulta tan determinante el conocimiento de casos de abuso sexual y otros malos tratos infantiles por parte del profesorado, como de otros aspectos que tienen que ver con la comunicación de los mismos, la potenciación, conocimiento y uso de los recursos intra e interinstitucionales, la inclusión de propuestas curriculares de prevención específica e inespecífica en los centros escolares, la formación del profesorado, la promoción de programas preventivo comunitarios y, en general, las propuestas que el propio profesorado genera.

Desde las propuestas de este estudio se trata de promover la complementación de estrategias preventivas comunitarias y de promoción de la salud. Esto significa tratar de evitar la aparición de nuevos casos, aumentar la salud y el bienestar general en aspectos concretos de los menores y de la población e intervenir desde los recursos comunitarios, tanto los profesionales de todos los ámbitos desde el ineludible compromiso de sus responsables, como los miembros de la comunidad en su conjunto.

EL HONOR DEL MENOR

EL HONOR DEL MENOR (1)

DAVID GUINEA FERNÁNDEZ.

PROFESOR DE DERECHO CIVIL DE LA URJC.

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL DERECHO AL HONOR.—2. EL DERECHO AL HONOR DEL MENOR EN PARTICULAR. 2.1. *Delimitación del derecho al honor del menor.* 2.2. *Conveniencia de la intervención del menor para la conformación del contenido del derecho.* 2.3. *Interés público en su protección.* 2.4. *Una intromisión que sería legítima deja de serlo por ser un menor el titular del derecho.* 2.5. *Indisponibilidad del derecho al honor del menor.*—3. EL PROBLEMA DE LOS USOS SOCIALES EN LA CONFIGURACIÓN DEL HONOR.—4. LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN EL HONOR DEL MENOR.—5. RESPONSABILIDAD O IRRESPONSABILIDAD JURÍDICA DEL MENOR EN RELACIÓN CON SU HONOR.—6. APROXIMACIÓN AL DISFRUTE, EJERCICIO Y PROTECCIÓN DEL HONOR DEL MENOR.—7. EL CONSENTIMIENTO A LA INTROMISIÓN EN EL HONOR ¿MODIFICACIÓN DE LA POSIBILIDAD DE CONSENTIR A LA LUZ DEL ARTÍCULO 4.3. LOPJM?—8. EL HONOR DEL MENOR DESDE LA ÓPTICA DE LA LOPJM.—9. HONOR DEL MENOR Y DIFAMACIÓN EN LA LEY.—10. REQUISITOS PARA QUE EXISTA DIFAMACIÓN DEL MENOR.—11. UNA CUESTIÓN COLATERAL AL DERECHO AL HONOR DEL MENOR: POSIBLES INTERPRETACIONES DE LA EXPRESIÓN “CONTRARIA A SUS INTERESES”, DE LOS APARTADOS SEGUNDO Y TERCERO DEL ARTÍCULO 4 DE LA LOPJM.—12. ANEXO: MECANISMOS PARA EL RESPETO DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN DE LOS MENORES.

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL DERECHO AL HONOR

La dificultad de acercarse al concepto honor estriba en que tiene un contenido cambiante (2) pero, sea cual fuere, no es un concepto vacío de significado ni, como derecho, carecerá de protección (3).

(1) El presente estudio encuentra su origen en la elaboración de un informe sobre los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores, a instancia de la Oficina del Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid. En el Anexo aportamos dicho informe, al que nos referiremos, cuando sea oportuno, a lo largo del texto.

(2) Indica Crevillen Sánchez, C. (*Derechos de la personalidad. Honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la Jurisprudencia*, Actualidad editorial, Madrid, 1994, pág. 27) que en su sentido sociológico tanto honor como intimidad, “tienen un contenido (...) «etéreo» ya que es muy difícil recoger una definición de los diferentes matices que el mismo contiene”.

(3) En la STC 170/1994, de 7 de junio, se afirma que “el contenido del derecho al honor es lábil y fluido, cambiante, y en definitiva (...) «dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento» (...) ahora bien, cuales quiera que fueran éstos, y siempre en relación con ellos, la divulgación de cualesquiera expresiones o hechos concernientes a una persona que la difamen o hagan desmerecer en la consideración ajena o que afecten negativamente a su reputación y buen nombre (art. 7.3 y 7 LO 1/1982) ha de ser calificada como intromisión ilegítima en el ámbito de protección del derecho al honor”.

El Diccionario de la RAE (4) proporciona algunas definiciones del término honor, de las que destacamos las siguientes:

- Cualidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de los propios deberes respecto del prójimo y de uno mismo.
- Gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas de quien se granjea.
- Honestidad y recato en las mujeres y buena opinión que se granjean con esas virtudes.
- Obsequio, aplauso, agasajo que se tributa a alguien.
- Acto por el que alguien se siente enaltecido.
- Dignidad (cargo o empleo).

Por su parte, del Diccionario MARÍA MOLINER (5) queremos destacar las siguientes acepciones:

- Cualidad de la persona que por su conducta, es merecedora de la consideración y respeto de la gente y que obedece a los estímulos de su propia estimación.
- Con referencia a colectividades equivale a prestigio: Honor de esta casa, honor profesional.
- Circunstancia de ser alguna persona tenida como de mérito o de importancia excepcional.
- Cosa con la que alguien se siente enaltecido.

Desde una perspectiva jurídica, todo ser humano tiene honor, pues todo ser humano tiene dignidad. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 7 de diciembre de 1984 (6), se mostró tajante al afirmar que “aun las personas más degradadas o envilecidas (...) conservan a modo de oasis una dignidad, que no es lícito profanar, ofender o lesionar (...) el honor no es privilegio o patrimonio exclusivo de las clases acomodadas, o de las personas refinadas o cultas, sino que corresponde a todos como derecho extra-patrimonial e irrenunciable de la persona, tal como proclama la Constitución española (...), en un régimen democrático tan exento de privilegios y preeminencias clasistas como infraestimaciones, capitidiminución o marginación de cualquier ciudadano por escaso que sea su rango social”.

El honor, sustentado en un deber de respeto hacia la persona, no necesariamente tiene que resultar idéntico en todos; si fuera así, no tendría mucho sentido el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen (en adelante LOH), que supedita la protección civil de estos derechos “a las leyes, y (por) los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o para su familia”.

Cuando la persona es plenamente capaz, sus propios actos son los que deben marcar el ámbito de honor que le corresponde. De este modo, el papel que cada uno desempeña en la sociedad vendrá a

(4) Vide Diccionario de la Lengua Española, Real Academia de la Lengua, 21ª ed., 2001, págs. 830 y 831.

(5) Vide Diccionario María Moliner, 2ª ed, Gredos, 1998, págs 1500 y 1501. Indica este Diccionario en sus “notas de uso” que a medida que las costumbres y su valoración cambian, la palabra honor va siendo sustituida por otras menos altisonantes: dignidad, rectitud, propia estimación, respeto de sí mismo, vergüenza, amor propio, puntillo, prestigio, buena fama, etc., acomodadas a los distintos matices del hecho de disfrutar, merecer o preocuparse de conservar el respeto de la gente.

(6) Sala de lo criminal, RJ 1984\6255.

influir en la configuración de su honor; ocupar un determinado lugar de relevancia (política, cultural, social, ética...) hace que, en atención a las circunstancias, no en todos los casos deba entenderse que existe una intromisión ilegítima.

DE COSSIO afirma que “tiene honor quien goza de plena consideración ante la sociedad” (7) (vertiente social). El honor, entonces, no comporta únicamente un deber de respeto sino, también, un reconocimiento del grupo social al que se pertenece que nos hace acreedores de una determinada estima (8). El honor no viene definido por el deber de *alterum non laedere*, sino también por el reconocimiento de los demás. El premio, la recompensa, el galardón, el ensalzamiento, no dañan el honor de la persona, sino que lo engrandecen, tanto desde la perspectiva de la propia consideración como desde la óptica de la sociedad que se hace eco del mismo. Ahora bien, lo mismo que el honor se puede ver acrecentado, se puede ver aminorado por el propio comportamiento.

Desde la óptica jurídica, al honor se le atribuyen dos sentidos que vienen a definirlo:

Primero: Un sentido objetivo, en virtud del cual honor “es la reputación, buen nombre o fama (9) de que goza, ante los demás, una determinada persona”.

Segundo: Un sentido subjetivo “es el sentimiento de la estimación que la persona tiene de sí misma en relación con la conciencia de la propia dignidad moral” (10).

Ambas vertientes, la subjetiva y la objetiva, son necesarias para una adecuada concepción del derecho al honor que se comprende como la integración de estos “dos aspectos, el de la inmanencia, representado por la estimación que cada persona hace de sí misma y el de la trascendencia, integrado por el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad” (11).

(7) De Cossio, M.: *Derecho al honor. Técnicas de Protección y Límites*, Tirant lo blanch, Valencia, 1993, pág. 37.

(8) Al reconocimiento por el grupo social hacen referencia las definiciones que ocupan el lugar segundo y sexto de las referidas del Diccionario de la Real Academia Española, y las definiciones que ocupan el puesto primero y tercero de las referidas del Diccionario María Moliner.

(9) Espinar Vicente, J. M. (“La primacía del derecho a la información sobre la intimidad y el honor”, en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, coord. García San Miguel, L., Tecnos, Madrid, 1992, pág. 50) expone que “la fama, entendida como la opinión que las gentes tienen de una persona, constituye muchas veces la base sobre la que se presta el consentimiento para establecer relaciones con los demás (...) sin la divulgación de las noticias que afecten a los comportamientos de los individuos, la fama se dividiría en dos: la que responde a los parámetros reales (...) y la fama social que se articularía sobre la base del fingimiento de pensamientos, afectos (...) con el auxilio de la cobertura que le proporcionará un derecho a la intimidad”; Salvador Coderch, P. (*El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pág. 57) indica, en el mismo sentido, que “fama es la opinión –buena o mala, acertada o equivocada–, que las gentes tienen de una persona, mientras que el honor es sólo la buena y merecida fama: la gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas...”

(10) Salvador Coderch, P. (ob.cit., págs. 57 y 58) señala que “la difamación puede causar al afectado por ella angustia, perjuicios emocionales, daños psicológicos o morales además de lesionar su reputación. Esto es relevante a efectos de identificación y valoración de los daños y perjuicios sufridos por el afectado, pues los daños psicológicos –la pérdida de la propia estimación– se sumarán a los derivados de la pérdida o disminución de sus relaciones sociales” y después, expone la posibilidad de causación de un daño emocional, sin constituir difamación, mediante “una caricatura abominable, una burla indecente, un insulto ultrajante” que serán causa de responsabilidad civil por lesión de sus derechos de la personalidad. Vide también Crevillen Sánchez, C.: ob.cit, págs. 27 y ss.; Lacruz Berdejo, J.L., Sancho Rebullida, F., Luna Serrano, A., Delgado Echeverría, J., Rivero Hernández, F., Rams Albesa, J.: *Elementos de Derecho Civil*. ed. revisada y puesta al día por Delgado Echeverría, J., T.I, Vol. II, Dykinson, Madrid, 1998, págs. 82 y 83.

(11) STS de 9 de octubre de 1997 (TOL 27180). Vide también, la STS de 27 de septiembre de 2000 (TOL 8755), la STS de 6 de julio de 2000 (TOL 6621), la STS de 4 de febrero de 1993 (TOL 195451), entre muchas otras.

En consecuencia, la agresión contra el honor se producirá cuando se formulen expresiones objetivamente atentatorias contra la estima de la persona de acuerdo con los niveles de tolerancia social (12), en atención a las circunstancias en que las mismas se produjeron, y todo ello modalizado por el sentimiento de daño y el comportamiento del titular afectado (13).

El honor implica “una referencia habitual a un determinado modo de conducta, esto es un uso conductual o uso como modelo de conducta” y “también la adquisición del derecho a cierto tratamiento como recompensa, por parte de todos los demás, lo que supone un uso social, y trae consigo una relativización de su concepto, ya que su determinación lo será en función de cada persona y su medio, por lo que si bien todas las personas tienen derecho al honor, será distinto en cada una de las personas, y de ahí la dificultad del tratamiento unitario de este concepto” (14).

Asimismo, trae causa de la dignidad de la persona y, cuando el honor se vea coartado injustamente (excediendo los límites marcados por la ley, la sociedad y la propia persona) se habrá vulnerado aquélla. Esta realidad no impide, sin embargo, que la determinación del contenido del derecho subjetivo honor pueda oscilar en función de los parámetros de medida que sirven para determinar cuándo el honor de una persona ha de considerarse transgredido.

La dignidad de la persona se muestra como límite infranqueable en la determinación de los contenidos mínimos que el honor comporta; su quiebra, en las connotaciones de estima propia y ajena (15), sirve ahora, como elemento identificador del contenido del derecho. Quizás por esta razón se ha llegado a manifestar que el contenido esencial derecho al honor viene determinado por “la dignidad de la persona humana en cuanto tal persona” (16).

2. EL DERECHO AL HONOR DEL MENOR EN PARTICULAR (17)

El artículo 1.3 LOH, configura el derecho al honor como un derecho de carácter “irrenunciable, inalienable, e imprescriptible”. En puridad, “el derecho al honor tiene todos los caracteres de los dere-

(12) Vide la STC 185/1989, de 13 de noviembre, que en su Fundamento Jurídico Cuarto establece que “el contenido del derecho al honor (...) es, sin duda, dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento. (...) es un derecho respecto del cual las circunstancias en que se producen los hechos y las ideas dominantes que la sociedad tiene sobre la valoración de aquél son especialmente significativas para determinar si se ha producido o no la lesión”.

(13) Como declara en su F.J. Cuarto, la STS de 18 de abril de 1989 (RJ1989\3068), “Si ontológicamente puede estimarse que los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y propia imagen son valores absolutos permanentes e inmutables, es lo cierto que en la realidad práctica, cada persona es soporte y sujeto jurídico de estos derechos, por lo que su tutela efectiva estará en función del celo que en su guarda y custodia manifieste cada persona o imponga el ordenamiento jurídico (...) en consecuencia quien malbarate estos derechos o no sea celoso custodio de los mismos, no será acreedor a la protección jurídica; por esto, han de predicarse de toda persona en cuanto no se demuestre lo contrario”.

(14) De Cossio, M: Ob. cit, p. 37.

(15) Como señala Albaladejo García, M. (*Derecho Civil*, t. I., vol. I, 14 ed., ed. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 62), “el honor o dignidad moral de la persona es un bien al que esta tiene derecho y los demás el deber de respetar”.

(16) Balaguer Callejón, M.L: *El derecho fundamental al honor*, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 142. La autora, extrapolando la doctrina del Tribunal Constitucional pronunciada en la STC 11/1981, de 8 de abril, sobre el derecho a la huelga y la STC 37/1987, de 26 de marzo, sobre la Reforma Agraria Andaluza, entiende el contenido esencial de un derecho como aquello “sin lo cual el derecho en sí pierde su propia naturaleza, se desnaturaliza como derecho fundamental”.

(17) En el Epígrafe I del Anexo se expone la trascendencia de la protección de los derechos al honor, intimidad e imagen de los menores.

chos de la personalidad, es decir: es un derecho innato, subjetivo, privado, absoluto, irrenunciable, inalienable, indisponible, imprescriptible y extrapatrimonial” (18).

Todos estos caracteres permanecen cuando el titular es menor de edad, pero creemos que es oportuno poner de relevancia los matices que supone esta circunstancia con relación al honor:

2.1. Delimitación del derecho al honor del menor

Que el derecho al honor sea un derecho innato no quiere decir que sea idéntico en todos, pues cada uno lo puede configurar —a través de sus actos— como desee (19). No obstante, esta libertad de actuación del sujeto encuentra obstáculos en la necesaria protección de los menores; los menores tienen restringida su capacidad de obrar y no pueden ser víctimas de su irresponsabilidad en la conformación de su honor. No parece justo, tampoco, que los padres puedan, con su comportamiento, vaciar de contenido el honor del menor: resulta más que discutible que, por la actuación de aquellos que ostentan la representación legal del menor, se pueda ver mermada la “honorabilidad” del mismo.

De conformidad con el contenido del artículo 154 C.c., la patria potestad ha de ejercerse siempre en beneficio de los hijos; ¿no sería contrario a los deberes inherentes a la patria potestad configurar para sus hijos un honor degradado?; aceptar tal posibilidad ¿no sería contrario al *interés superior del menor*? La respuesta debe ser afirmativa: lo contrario supondría no tener en consideración lo establecido en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor (en adelante LOPJM) que sienta el principio de primacía del interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. A mayor abundamiento, de conformidad con el artículo 4.5 LOPJM, los padres, los tutores y los poderes públicos están obligados no sólo a respetar el derecho al honor de los menores, sino también a protegerles “frente a posibles ataques de terceros”. La primera, y más eficiente, vía de protección de los derechos es la preventiva, y ¿qué mejor que comportarse de tal manera que no se provoque un “minusvalor” social, una degradación del honor de los menores a nuestro cargo?

2.2. Conveniencia de la intervención del menor para la conformación del contenido del derecho

El derecho subjetivo (20) al honor parte del reconocimiento de la dignidad inherente al género humano; somos, frente al resto, acreedores de nuestro honor. Tenemos derecho a una estima (y a una autoestima) que no nos haga sentirnos inferiores respecto del resto de nuestros congéneres. El honor, como el resto de los derechos de la personalidad, acompaña a la persona desde su nacimiento hasta su muerte, es irrenunciable e inalienable; quizás por eso sea mejor hablar, más que de ejercicio del derecho subjetivo, de goce y defensa del mismo.

Precisamente, por ser inherente a la persona lo disfruta su titular, pero, si se trata de un menor sin suficiente juicio, se ve supeditado a lo que sus representantes legales “mantengan para sí o para su familia” (art. 2.1 LOH), y, por tanto, la conformación de su contenido (que es una faceta del ejercicio del

(18) López Díaz, E: *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*, Dikynson, Madrid, 1996, pág. 54.

(19) En virtud del artículo 2.1 LOH, su protección civil está delimitada “por las Leyes, y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia”.

(20) La calificación del derecho como subjetivo implica que existe una situación de poder concedido por el ordenamiento jurídico a una persona. Este poder, además, significa que el titular tiene atribuida la facultad de disfrute del propio derecho.

derecho), queda, al menos parcialmente, en manos de aquellas personas que le representan, de tal manera que, a medida que el menor vaya adquiriendo mayor conciencia del honor que le acompaña, va a ser necesario que su opinión sea tenida más en cuenta; incluso, cuando corresponda, deberá permitírsele una mayor participación en la determinación de cual es el honor que quiere, no solamente para sí, sino también, para su familia.

Una interpretación conjunta de los artículos 162. 1º C.c, 9 LOPJM y 2 LOH, nos lleva a afirmar que no sólo la voluntad de los representantes legales determina el ámbito de honor que corresponde al menor y a su familia, sino que cabe entender que, en la medida en que el menor tenga suficiente madurez, va a poder delimitar el contenido de su derecho (21).

2.3. Interés público en su protección

En el ámbito de la legitimación para el ejercicio de las acciones tendentes a la protección, no sólo del honor, sino del resto de derechos de carácter moral del menor, se observa el ánimo de intervención por parte de los poderes públicos. Así:

En primer lugar, en el artículo 3.2 LOH, se exige comunicación al Ministerio Público con intención de fiscalización del consentimiento otorgado por el representante legal, cuando no se den en el menor las suficientes condiciones de madurez para que éste autorice por sí la intromisión.

En segundo lugar, en el artículo 4.4 LOPJM se habilita “en todo caso al Ministerio Fiscal” para el ejercicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, pudiendo “actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública” (22).

Resulta patente, por tanto, el interés que el legislador tiene en que la protección de los derechos de la esfera moral de los menores sea una realidad más allá del deber de protección que corresponde a aquellos que ostentan la patria potestad, o cualquier otro género de representación legal.

2.4. Una intromisión que sería legítima deja de serlo por ser un menor el titular del derecho

El derecho al honor goza de eficacia *erga omnes*, si bien su carácter absoluto no implica, con independencia del sujeto titular (mayor o menor), que sea ilimitado.

Lo anterior no impide que exista mayor oponibilidad cuantitativa si se trata de menores, pues, ya sea en atención al deber de protección de los menores, sea en atención a una específica capacidad de obrar, o por la propia naturaleza del derecho, supuestos en que una intromisión sería legítima si se tratara de mayores de edad, dejan de serlo si se es menor (23).

(21) Lo manifestado en el texto principal no entra en colisión con la regulación que aparece referida en el artículo 4 LOPJM; dicho artículo, no pretende una restricción de los derechos de la personalidad, sino una adecuada adaptación a la protección que el menor se merece. Se evitan actuaciones negativas en la esfera de los derechos de la personalidad del menor, pero, no se trata de anular o vaciar de contenido el derecho, sino que, sigue siendo ejercitable en la medida en que tal ejercicio sea favorable para su titular.

(22) Vide el artículo 10 LOPJM.

(23) Este razonamiento es válido tanto antes como después de la LOPJM.

2.5. Indisponibilidad del derecho al honor del menor

El honor se muestra, sin duda, como el más indisponible de los derechos de la esfera moral; esta afirmación podría llevarnos a sostener que no existe razón para defender un tratamiento diferenciado del honor de los menores respecto del de las personas mayores. Si se adoptara tal postura se correría el riesgo de resolver inadecuadamente la problemática del derecho al honor del menor, e inevitablemente la del honor en general.

El carácter indisponible del derecho al honor no supone, sin embargo, que el titular no tenga capacidad alguna en la determinación de su propio honor; una cosa es que esté proscrita cualquier disposición (autorización) (24) frente a terceros que tenga como resultado una rebaja del honor, y otra es que el honor, lo ganemos o perdamos con nuestro comportamiento.

Ahora bien, el libre albedrío, manifestación del libre desarrollo de la personalidad del artículo 10 C.E., no puede servir para admitir todo tipo de autorización en materia de derechos de la personalidad, ni puede trasvasar otros límites que impone el ordenamiento jurídico.

Por ser una cuestión de orden público, resulta inadmisibles que en el caso de los menores de edad se entiendan como válidas determinadas autorizaciones a la intromisión en los derechos de la personalidad, que en otro caso, aunque discutibles en su vertiente moral, pudieran ser legales (25).

¿Cómo se puede admitir en derecho que uno pueda disponer de la estima propia y de la estima que los demás tienen de sí? ¿Cómo admitir en derecho que una persona tiene la facultad de degradarse en su dignidad? Parece que, desde un plano teórico, sin atender a la realidad material, tal posibilidad está vedada si la persona afectada es menor (26).

(24) Que el honor sea indisponible desde una perspectiva teórico-jurídica no impide, sin embargo, que la realidad práctica se muestre rica en situaciones de difícil legalidad únicamente admisibles desde la aceptación de la preponderancia del libre albedrío de la persona sobre los ideales metafísicos de la sociedad. Hablamos de desvelación de intimidades, o mejor de la revelación de datos pertenecientes a la intimidad de la persona, y no de consentimiento a la intromisión en el honor, pues entendemos que, en atención al contenido del artículo 1255 C.c., no cabe admitir pacto, cláusula o condición de carácter contractual que permita a una de las partes, en terminología del artículo 7.7 LOH, “la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”; Cuestión distinta será, no obstante, según el artículo 7.3 LOH, la “divulgación de hechos relativos a la vida privada de la de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre”, pues, en estos casos, sí podría admitirse cierta disposición por parte del titular del derecho, por cuanto que, es cada uno quien decide cual es el ámbito de intimidad (estos casos afectarían al honor), que, en aplicación del artículo. 2.1 LOH, quiere mantener reservado para sí y para su familia.

(25) Ni del artículo 3 LOH, ni de los apartados segundo, tercero o cuarto del artículo 4 LOPJM cabe desprender otra cosa. Nos parece acertado traer a colación las manifestaciones de Estrada Alonso, E. (*El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de Mayo*, Cívitas, Madrid, 1988, pág. 72), al referirse al honor como derecho subjetivo privado, quien afirma que “el honor es una cualidad personal mucho más delicada y de más difícil recuperación que la imagen o la intimidad. Se trata de un derecho único que no puede descomponerse en partículas de las que el titular pueda ir desprendiéndose a cambio de una contraprestación económica...”

(26) Esto no implica que no se tenga derecho al honor, sino que la propia naturaleza del mismo hace defender su indisponibilidad. Si tuviéramos en mente el derecho a la vida, a nadie se le escaparía la indisponibilidad de tal derecho; esa misma indisponibilidad es la que debe acompañar al derecho al honor. Por más que una persona decida quitarse la vida, e incluso se ponga de acuerdo con otro para que lo haga, la vida es indisponible; quien dispone de su honor, lo hace en contra del espíritu de las normas y principios que rigen nuestro ordenamiento jurídico; aunque en la práctica se den supuestos en que se obtienen los mismos efectos que se obtendrían de una autorización, que esto ocurra, no quiere decir que el ordenamiento jurídico lo ampare.

3. EL PROBLEMA DE LOS USOS SOCIALES EN LA CONFIGURACIÓN DEL HONOR

Quizás, en las últimas décadas, se esté produciendo un cambio en la consciencia y conciencia social, un cambio en los juicios sociales y en la sabiduría social, que viene a consistir en una diferente comprensión de la específica problemática que conlleva la realidad del menor; esta transformación del pensamiento social, implica, como no puede ser de otra manera, que los «estándares» jurídicos, de los que participaría el Juez y a los que serviría de base el tipo medio de conducta, basándose más que en factores jurídicos precisos, en el sentido común y la intuición de las cosas formuladas...» y que se sustentan en «época, lugar y circunstancias» (27) se hayan visto afectados por la redefinición del papel que corresponde al menor en la sociedad, y de los deberes que ésta tiene para con aquél.

Para la determinación de la existencia o no de un ataque contra el honor (y contra cualquier derecho de la personalidad), ser menor va a constituir un dato importantísimo a la hora de valorar el supuesto de hecho; de esta manera, el deber de respeto y protección a los menores estará produciendo una influencia limitadora de los derechos de la personalidad y libertades públicas.

No nos resulta descabellado, de acuerdo con nuestro planteamiento, afirmar que no se tendrá, por la propia subjetividad, y sin pararnos a pensar en especificidades, la misma consideración social hacia un menor que hacia un mayor (28).

Si todos tenemos derecho a ser respetados, los menores lo tienen de una manera especial. A favor del cumplimiento de este fin, sería deseable que la sociedad tomara consciencia de la peculiar dignidad y fragilidad que acompaña a los menores y, en vez de apartar o excluir a aquellos cuyo comportamiento es reprochable y pudiera ser generador de una minoración del honor, en vez de aislarlos, los integrara, dando paso a una educación-reeducación que les permita un adecuado y libre desarrollo de la personalidad. Resultará primordial, en esta materia, la labor de los servicios de protección a la infancia.

La concepción objetiva del honor se identifica con aquellas teorías «que atienden a la reputación de que se goza de cara a la comunidad en la que está integrado o, lo que es lo mismo, la opinión que ésta llega a formarse a partir del comportamiento de cada uno de sus componentes» (29), pero al menor no se le puede apartar por su «reputación» de aquello que pudiera beneficiarle, porque cuando de menores se trata debe regir el principio del *Interés Superior del Menor*.

Si somos consecuentes con las especiales características de los menores como sujetos faltos de plena madurez, con la realidad normativa nacional y supranacional, con la dignidad que se quiere predicar de los menores, con el papel que se tiene reservado para ellos, etc., defenderemos que

(27) De Cossio, M.: ob. cit., pág. 38.

(28) «La diferente concepción del honor se refleja en el Ordenamiento jurídico. Se muestra, indudablemente, en la reglamentación de la protección que se dispensa a lo que todavía se considera bien jurídico de primer orden. Pero sin duda, más que las normas jurídicas positivas, más que las normas constitucionales y ordinarias, son los criterios hermenéuticos que presiden su aplicación y la reacción social y política ante resoluciones judiciales, las que ponen de manifiesto la peculiar concepción del honor que informa un determinado Ordenamiento» (González Pérez, J: *La degradación del derecho al honor*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 13).

(29) Cabezuelo Arenas, A.L.: *Derecho a la intimidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 49.

lo que corresponde es, de alguna manera, poner límite a los juicios de valor que el entorno social hace sobre los mismos (30).

Ésta es la vía más idónea para proteger aquellas personalidades que se encuentran en vías de formación. De este modo, habremos evitado convertir al menor en víctima de su propia libertad pues, si no fuera así, en ocasiones, asistiríamos al expolio de su dignidad (31).

En definitiva, la realidad honor del menor, aparece considerada desde dos perspectivas en cierto modo descoordinadas: mientras que la ley ha establecido un marco de reglas y principios que otorga un elevado ámbito de protección a los menores, la sociedad va por detrás del reconocimiento-protección de los derechos de los mismos, siendo necesaria una adecuación de la conciencia y consciencia social, a los principios que, provenientes de la ley, rigen cuando el titular es menor.

Ahora bien, una cosa es que los menores tengan derecho a un tratamiento especial, a una protección más intensa y contundente de los derechos que les son inherentes, y otra es que se quieran sobrepasar los límites de esa protección cualificada, que vienen establecidos por la ley y por los usos sociales.

Ya en la STS de 6 de diciembre de 1912 se podía observar la relevancia de los usos sociales en la concepción del derecho al honor (32). La época de la Sentencia respondía a unos parámetros socio-culturales diferentes a los actuales, la familia estaba más jerarquizada, y la mujer ocupaba un papel secundario en la sociedad; se resolvió la cuestión de conformidad con aquella concepción que del honor se tenía.

Queremos remarcar que la incidencia de los usos sociales en el honor es relativa, dado que deben de encontrar acomodo en la acotación que la ley hace de los supuestos que constituyen intromisiones

(30) Lo que defendemos es, en palabras de Habermas, J. (*Teoría de la acción comunicativa II. Crítica de la razón funcionalista*, versión castellana de Manuel Jiménez Redondo, Taurus, Madrid, 1987, en especial págs. 520 y 521), una juridización que “significa por de pronto la implantación de los principios del Estado de derecho: la atención a los derechos fundamentales del niño frente a sus padres, de la mujer frente al marido, del alumno frente a la escuela, y de los padres, profesores y alumnos frente a las autoridades educativas del Estado (...)”, con lo que se obtendría la implantación de los derechos y principios reconocidos en el mundo sistémico en el mundo social.

(31) Con estos argumentos no tratamos de sustraer al menor de responsabilidad, ya que el menor es responsable de conformidad con la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores y de conformidad con el Código civil y demás disposiciones vigentes; lo que buscamos es un tratamiento diferenciado acorde con el espíritu que mueve la actividad legislativa de los últimos años.

(32) Vide esta Sentencia en *Boletín jurídico-administrativo. Anuario de legislación y jurisprudencia* Apéndice de 1912, Dir. Martínez-Alcubilla, M., Madrid, 1912 págs. 825 a 827). En este caso, el Tribunal estimó íntegramente la pretensión del padre de una joven que demanda en nombre de su hija por la publicación en un periódico de una noticia atentatoria contra “la honra, el honor y la fama” de ésta. Elemento base de la resolución judicial fueron los usos sociales pues, como dice la propia Sentencia, “la honra, el honor, y la fama de la mujer constituyen los bienes sociales de su mayor estima y su menoscabo, la pérdida de mayor consideración que puede padecer una sociedad civilizada, incapacitándola para ostentar en ella el carácter de depositaria y custodia de los sagrados fines del hogar doméstico base y piedra angular de la sociedad pública, debiendo, por lo tanto, ser apreciados estos daños como uno de los más graves, que obliga a tenerlos en cuenta al legislador para legislar y a los Tribunales, encargados por la ley de aplicar y realizar la justicia, con propósito de remediarlos, para procurar se fije una norma reguladora, estableciendo una responsabilidad civil armonizada con los principios jurídicos que informan nuestro derecho común, si no se quiere fomentar en la sociedad una negligencia suicida, cual sería el abandono de un elemento social de primer orden como la mujer, al capricho de la pública maledicencia”. Vide, para un mejor acercamiento a esta Sentencia: González Pérez, J.: ob.cit., págs. 23 y ss; Crevillén Sánchez, C.: ob.cit. págs. 31 y 32; De Cossio, M.: ob.cit., págs. 40 y 41, Balaguer Callejón, M.L.: ob.cit., págs. 107 y ss; Salvador Coderch, P.: ob.cit. pág. 278; Díez-Picazo, L.: *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1979, págs. 110-112.

ilegítimas (y por reflejo, en las facultades que se conceden al titular del derecho o a quienes le representen para defender y acotar el ámbito de protección del mismo). La ley no necesariamente regula los problemas jurídicos de conformidad con las tendencias de comportamiento, sino que, en ocasiones pone coto a determinados asuntos de relevancia jurídica que no obtienen una respuesta adecuada por parte de la sociedad. Si ha sido necesaria una regulación especial encaminada a dar amparo a los menores, se debe, en buena medida, a que los mecanismos de protección que existían anteriormente no respondían adecuadamente a las necesidades de tal colectivo, y se pretende, entre otras cosas, un arraigo en la sociedad de los principios que rigen en esta materia.

Desde la perspectiva de los derechos de la personalidad, las necesidades de protección de los menores e incapaces, a veces, no son tenidas en consideración por la sociedad, que llevada quizás por la curiosidad o por el morbo, no es capaz de darse cuenta de lo negativo de determinadas intromisiones en estos derechos.

Trasladados los usos sociales al conflicto entre libertad de información y expresión y derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, servirán para acotar cuando el supuesto de hecho es o no constitutivo de una intromisión ilegítima pero, tales usos sociales no pueden servir para eludir la correcta aplicación de la Ley.

Si la ponderación del caso concreto no se realiza correctamente y se pierde la perspectiva, dando una exagerada primacía a los usos sociales, con la consecuencia de soslayar la preeminencia del interés del menor (por ejemplo haciendo una errónea apreciación de que el interés del menor se corresponde con lo aceptado por la sociedad), si se obvia la vigencia de las normas y principios que establece el ordenamiento jurídico, se puede llegar a resultados indeseables.

Ahora bien, repetimos que los usos sociales deben servir para el análisis del caso concreto y por reflejo de la ley aplicable (33).

4. LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN EL HONOR DEL MENOR (34)

A medida que la capacidad de entender y querer aumente, se producirá una transformación en lo que para uno significa el honor, una toma de conciencia y consciencia de su realidad subjetiva y, dentro de ella, del propio honor y del daño que se le infiere.

Cabe pues distinguir entre el hecho dañino generador de una hipotética intromisión ilegítima en el honor, la percepción del daño, y la toma de postura (activa) respecto del propio honor. El daño se producirá como consecuencia de un comportamiento injustificadamente lesivo para la reputación de la persona, con independencia de su percepción. La percepción del daño por parte del titular del derecho contiene un elemento psicológico de conocimiento; el daño existe con independencia de que quien lo reciba lo identifique o sea capaz de identificarlo como tal y aun más, con independencia de que sea consciente del origen del mismo. La toma de postura respecto del propio honor implica un

(33) Téngase presente *“la realidad social del tiempo en que han ser aplicadas”* las normas (art. 3.1 C.c). La SAP de Tarragona, de 9 de diciembre de 1999, estimó que no existía una falta de injurias por llamar *“tonto”* a un menor de 12 años manifestando que *“tal expresión difícilmente puede considerarse vulnere el honor de un niño de 12 años, al ser de uso ordinario no sólo en ámbitos escolares sino incluso familiares, alejado de su significado originario y técnico”*. Se dice que tal expresión era de *“pueril entidad e insignificante trascendencia”*.

(34) En los Epígrafes IV y V del Anexo se aborda el problema de la conculcación de los derechos al honor, a la intimidad e imagen de los menores, y se realizan ciertas recomendaciones a fin de evitarla.

conocimiento más o menos veraz de lo que el honor como derecho implica, un posicionamiento en relación a cómo uno quiere que se entienda su honor, lo que comporta el establecimiento de unos límites más o menos severos en torno al tratamiento que se recibe de los demás y un comportamiento (al menos aparente) que nos hace acreedores del derecho a una determinada fama social.

De este modo, la aptitud psicológica del destinatario del hecho lesivo no es requisito necesario para la existencia de la vulneración del honor, pero sí puede ser adecuada para la valoración del alcance del mismo.

Por otra parte, para armonizar la titularidad y ejercicio del derecho al honor de un menor con su adecuada protección ha de tenerse siempre presente la prevalencia del *Interés Superior del Menor*. Cuando dirimimos sobre el honor del menor, la discusión no gira esencialmente sobre la posibilidad de autorizar una intromisión, sino sobre la posibilidad que tiene el sujeto menor de edad de configurar su propio derecho a través de sus actos (de acuerdo con el art. 2 LOH). Ha de contemplarse en que medida se puede ver afectado el honor del menor por los comportamientos de su familia (con especial relevancia el de sus representantes legales). Debe determinarse si un menor “irresponsable” jurídicamente puede ver reducido su honor (entendido como consideración social), y cuestionarse si la sociedad no debe, en cierto modo, reservarse los juicios de valor respecto a menores que en atención a unos hechos pudieran ser “despreciados”.

A veces, el ataque de hoy, puede desplegar sus efectos degradantes en el mañana, cuando uno ya sí será consciente de lo que el honor significa, pero de no atajarse adecuadamente, puede que los daños sean irreparables. Una cosa es la conciencia personal de la agresión, y otra, el daño que, desde la óptica del legislador y en la realidad, ya se ha producido.

El honor del menor, considerado como cuestión de orden público, requiere una defensa preventiva para evitar la causación del daño y una defensa reparatoria una vez que la intromisión ilegítima ya se ha producido. Esta protección debe llevarse a cabo inclusive aunque exista oposición del propio menor, o de los representantes legales, o, simplemente, cuando éstos no actúen por no estimarlo conveniente, o por dejadez o pereza ante lo incómodo de un procedimiento judicial, o, por lo que es peor, porque se estén aprovechando económica o personalmente de tal intromisión.

5. RESPONSABILIDAD O IRRESPONSABILIDAD JURÍDICA DEL MENOR EN RELACIÓN CON SU HONOR

Resulta necesario desligar la responsabilidad por los actos cometidos por los menores, tanto en el ámbito civil como en el ámbito penal, de la concepción del honor hacia el menor.

El comportamiento de un menor puede ser reprochable tanto social como jurídicamente, y tal comportamiento quizás sea susceptible de generar un deber de reparación del daño causado, a la par que ser generador de la adopción de una serie de medidas de carácter corrector-educativo; pero lo anterior no ha de bastar para que al menor se le atribuya una determinada reputación, una minusvaloración en su estima social, lo cual conduciría a una estigmatización social.

Si el menor carece totalmente de voluntad, difícilmente sus actos podrán ser causa de minoración de su honor (al menos esto es lo deseable). A medida que el menor vaya siendo consciente del alcance de sus actos (la familia, educadores, el sistema educativo, y en general todas aquellas instituciones u organizaciones que tienen como función la integración social tendrán mucho que aportar a este res-

pecto) se irá labrando una reputación. El problema estriba en que se debe formar a menores responsables, no impunes, siendo necesario cuando corresponda, sin minusvalorarles, reeducarles.

La adopción de medidas encaminadas a la corrección de comportamientos inadecuados de los menores no implica necesariamente la degradación de su honor; precisamente, lo que se pretende es conseguir que el menor, por su adecuada integración en la sociedad, sea digno del más alto deber de respeto por los demás (35).

Si bien es cierto que la conciencia que va a tener la sociedad sobre uno cuando sea adulto, se forma progresivamente atendiendo a múltiples factores (grupo familiar al que se pertenece, posición social de los padres, honorabilidad atribuida a los mismos, relaciones de cada uno, grupo de pares, comportamiento respecto a los demás individual y colectivamente, calificaciones en el colegio...) el hecho de atribuírsele un honor a ese mayor de edad que un día fue menor, no implica que mientras se está siendo menor se merezca un trato similar. De modo contundente nos pronunciamos a favor de la adopción de medidas correctoras y educativas, pero unidas a una igual dignidad, a un mismo deber de respeto hacia su persona.

Resulta, por tanto, necesario diferenciar entre educación-corrección, que siempre han de estar inspirados en el respeto a la persona, y desprecio-desvalorización frente al grupo social, que deben verse atenuados, al menos es lo deseable, si el titular es menor de edad.

Como factores a considerar están, de una parte, la mayor o menor limitación de la capacidad de obrar, que viene a determinar una disminución del grado de responsabilidad en cuanto a las consecuencias de los comportamientos realizados, y de otra, la necesidad de una mayor equidad social (entendida como justicia del caso concreto) en la atribución de una fama o reputación en cuanto a las circunstancias personales y familiares que condicionan al menor.

Somos conscientes de las dificultades y riesgos que entraña trasladar estos planteamientos a la ciudadanía, pero una coherente interpretación de la dignidad de la persona, unida al derecho al libre desarrollo de la personalidad, y encuadrada en la figura del menor de edad, nos lleva a defender, como criterio que ha de regir la interpretación del concepto honor (36), que no cabría tolerar que, en la aplicación de los mismos criterios que se aplicarían a los mayores de edad, la sociedad negara el honor a personas en formación.

(35) En relación con esta cuestión, debe tenerse en cuenta el ATC 333/1997, de 13 de diciembre, que resuelve un recurso de amparo interpuesto por la madre de un menor que, por proferir palabras malsonantes a dos profesores y a una alumna, fue trasladado desde su clase, donde seguía octavo de EGB, a las dependencias del jardín de infancia del Colegio, por un periodo superior a cuatro meses, donde recibió una enseñanza individualizada. La madre consideraba que se había producido un trato degradante y vejatorio. Por su parte, el Tribunal declara que "la situación sufrida por el demandante de amparo fue desagradable y enojosa e incluso, puede admitirse que, en determinados aspectos, pudiera resultarle humillante (...) Sucede, sin embargo, (...), que el ámbito de cobertura del derecho fundamental en cuestión no se extiende, sin más e incondicionalmente, a toda suerte de maltrato, (...), sino que es imprescindible que alcance un mínimo de gravedad para que opere la garantía consagrada en el artículo 15 C.E.. Y en este supuesto no cabe entender traspasado este umbral mínimo de severidad, resultando absolutamente determinante en esta apreciación el hecho de que durante el limitado periodo de tiempo en que el alumno estuvo en el jardín de infancia, recibió diariamente las clases pertinentes de forma individualizada (...)."

(36) No cabe una equiparación conceptual entre honor y dignidad. Ésta conlleva un ámbito conceptual de mayor alcance, pero, como señala González Pérez, J. (ob. cit., págs. 33-36), no debe infravalorarse la proyección que el encaje de la dignidad, en su proyección como honor propio de la naturaleza de lo humano, supone para la valoración de los supuestos de intromisión.

6. APROXIMACIÓN AL DISFRUTE, EJERCICIO Y PROTECCIÓN DEL HONOR DEL MENOR

No se debe supeditar el ejercicio de los derechos a una mera cuestión de capacidad de obrar cuando estos son inherentes a la persona; es necesario adentrarse en la realidad material del propio derecho y decidir de acuerdo con la misma. Del hecho de que el menor no tenga plena capacidad de obrar no necesariamente debe derivarse una restricción tan elevada de las posibilidades de ejercicio y disfrute de su derecho –en este caso de su honor– que pueda llegar a vaciarlo de contenido.

La titularidad del derecho se tiene, indiscutiblemente, desde el nacimiento, y, desde ese mismo momento la persona podrá aprovecharse de las facultades que el derecho comporta. Para el disfrute de un derecho inherente no hay que hacer nada. El derecho al honor (y en general, cualquier derecho de la personalidad) no requiere de una especial aptitud de su titular.

Además, el legislador, al regular los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, debe respetar el contenido esencial de los mismos, de conformidad con el artículo 53.1 C.E.; de ninguna manera cabe sostener una interpretación de la ley que, a la postre, sirva para vaciarlos de dicho contenido esencial.

En cuanto al honor del menor, la conciencia-consciencia del titular del derecho puede no existir o estar en vías de formación (a más edad, en principio, mayor similitud de la percepción del honor, respecto del mayor de edad); en tales casos es lógico que alguien, en general los titulares de la patria potestad, vele por él y proteja sus intereses.

La dignidad de la persona nos lleva a sostener que, si bien el menor se puede ver afectado por las circunstancias que le rodean, no puede convertirse en víctima del libre albedrío de otros. Las relaciones paterno-filiales y análogas no están presididas por el principio de igualdad en la toma de decisiones, pero sí por el principio de primacía del *Interés Superior del Menor*. La relación de dependencia no contiene el derecho a determinar con absoluta libertad el contenido de los derechos fundamentales básicos del sujeto dependiente (caso de los menores no emancipados).

En este sentido, la libertad de dirección familiar en el ejercicio de los derechos inherentes a la persona no puede ser de ninguna manera considerada, repetimos, como una cláusula de poder absoluto. Aunque pudiera ser verdad que, en el caso de menores de corta edad, la configuración de estos derechos se encuentra supeditada a lo que quieran sus representantes legales, no ocurre lo mismo a medida que el menor va adquiriendo una mayor capacidad de entender y querer; en tales casos, habrá de tenerse muy en cuenta la personalidad del propio menor, y cuál sea su parecer para realizar una adecuada configuración del Derecho (37).

No sería justo que el deber de respeto hacia el menor quedase reducido como consecuencia de comportamientos negligentes de aquellos que ostenten la función protectora (38).

La idea del disfrute, si se quiere, goce material del contenido del derecho –que no requiere capacidad alguna– pasa ineludiblemente por el ejercicio responsable de los deberes de educación y forma-

(37) Los representantes legales en ningún caso podrán hacer lo que les plazca: en el artículo 10.1 C.E se reconoce que el respeto a los derechos de los demás es fundamento del orden político y de la paz social, de lo que podemos deducir que sería un contrasentido admitir una plena libertad para la configuración de derechos de carácter personalísimo.

(38) Una interpretación armónica del contenido artículo 2.1 LOH y del artículo 4.5 LOPJM, nos lleva a sostener que el libre albedrío del sujeto que delimita el contenido del derecho tiene su límite en el respeto de los derechos del menor.

ción integral del menor, respetando su personalidad y bajo la máxima de la búsqueda de su beneficio (ex art. 154.1º C.C).

Cuando del menor se trata, no basta con reconocerle el derecho, sino que hay que formarle adecuadamente para que pueda llegar a comprender las facultades y consecuencias que éste contiene (39); sólo de esta manera se estará verdaderamente garantizando el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la dignidad de la persona. Ahora bien, la adecuada formación del menor no es el único dato a tener en cuenta en un acercamiento al ejercicio de los derechos. El menor es un individuo distinto a los demás, tiene personalidad jurídica propia, y una propia percepción de la realidad; tiene inquietudes, temores, y problemas propios; su ámbito de actuación no se limita a sus relaciones con sus representantes legales; tiene una más o menos amplia vida social, que varía según la edad y el modo de ser de cada persona.

Puede que el menor no sepa de honor, pero cuando sufre un ataque directo a su propia consideración lo recibe como una minusvaloración de su dignidad, y de la imagen que los demás tienen sobre él. En tal caso, quienes se encargan de velar por él, una vez tienen constancia por cualquier medio de la vulneración producida, deben poner en marcha los mecanismos de protección que el derecho otorga.

Pero no resultará necesario que el menor sienta la lesión para que se vea vulnerado su honor (40), sino que bastará con la percepción de los hechos por los representantes legales (o por el Ministerio Fiscal, a través de cualquier persona que ponga en su conocimiento los hechos o por sí mismo) como lesivos al honor del menor para solicitar y, en su caso, obtener la correspondiente reparación del perjuicio causado.

El hecho de que el Ministerio Fiscal se encuentre legitimado, ex artículo 4.4 LOPJM, no ya de manera subsidiaria para cuando falten los representantes legales, sino con independencia de los mismos, para entablar acciones en defensa del honor, la intimidad o propia imagen del menor, es un dato más a tener en cuenta para negar la absoluta libertad de decisión sobre tales derechos a los titulares de la patria potestad u otras personas en análoga situación de poder.

La legitimación procesal para entablar acciones en defensa de los derechos al honor, intimidad o propia imagen, que no acaba en los representantes legales, sino que es ostentada solidariamente por el Ministerio Fiscal, redefine el valor que a los derechos de la personalidad del menor se ha querido otorgar por nuestro ordenamiento jurídico; la garantía del máximo contenido del derecho, de la posesión y disfrute de las facultades que el mismo concede es una materia de interés público.

Desde una perspectiva material, atendiendo al artículo 4.2 y 3 LOPJM, no todo lo que se permite a los titulares del derecho en el caso de ser mayores de edad se va a permitir a los menores, habiéndose tipificado específicos supuestos de hecho en que siempre se entenderá que se ha producido una intromisión aun a pesar del consentimiento otorgado (41). Así, la protección que se

(39) Recordamos que, de conformidad con el artículo 27 C.E. *“la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”*. El honor se moldea y protege por aquellos que ostentan la patria potestad, pero tal modelación y protección pasan por el respeto a la propia personalidad de su titular; otra cosa sería anularlo.

(40) Vide el art. 9.3 LOH.

(41) Como se deduce del FJ Quinto de la SAP de Madrid, de 11 de marzo de 1999 (AC 1999\721), una cosa es difundir información sobre menores, y otra, es que se vea afectado el honor, la intimidad o la propia imagen de los mismos, por cuanto que, para la difusión del hecho noticiable, no es necesaria autorización alguna, pero sí para la publicación del rostro del menor, al igual que para la divulgación de *“acontecimientos de su vida privada”*. La aplicación del artículo 4.3 LOPJM, hace que lo sostenido por esta Sentencia ya no sea solución válida para la protección de los derechos de la personalidad del menor. Vide Epígrafe VI del Anexo donde se reflexiona sobre esta Sentencia.

otorga al menor se muestra en varias direcciones: en primer lugar, se disuade a los medios de comunicación de la realización de comportamientos calificables como intromisión ilegítima; en segundo lugar, se habilita al Ministerio Fiscal para entablar todas aquellas acciones que estime oportunas en la defensa del derecho; y en tercer lugar, se proscriben ciertas autorizaciones a la intromisión, que, en otro caso, la convertirían en legítima.

Cabe entonces concluir que no es posible entender –al menos no cuando conlleve una grave disminución de su contenido– que el artículo 2.1 LOH pueda ser interpretado de tal manera que, por los propios actos de aquellos bajo cuya representación legal se encuentre el menor, se pueda ver perjudicado tal derecho.

7. EL CONSENTIMIENTO A LA INTROMISIÓN EN EL HONOR. ¿MODIFICACIÓN DE LA POSIBILIDAD DE CONSENTIR A LA LUZ DEL ARTÍCULO 4.3 LOPJM?

Aunque aceptáramos la posibilidad de disposición-autorización a la intromisión en el honor hemos planteado que es inadmisibile respecto a los menores. El tratamiento que jurídicamente corresponde a los menores tiene suficiente autonomía como para acabar resultando indiferente la consideración genérica de la posibilidad de disposición. En el caso de los menores no cabe disponer del honor cuando tal actuación supone una rebaja en los límites del mismo (42).

Aparte del interés histórico, científico o cultural relevante que refiere el artículo 8.1 LOH (43), no imaginamos ningún supuesto en pueda existir un interés legítimo contrapuesto al honor que habilite al legislador para dictar normas que autoricen a realizar una intromisión en el honor que no fuera ilegítima.

No es posible aceptar como válido el consentimiento otorgado por el titular para que otro realice un comportamiento que constituya intromisión ilegítima contra su honor (44). Sin embargo, en casos excepcionales, se puede admitir como lícita la revelación de ciertas intimidades de un menor (con o sin consentimiento de quien esté legitimado para otorgarlo) aunque pudieran comportar una intromisión en su honor, si, con tal actuación, se produce, en una adecuada ponderación, mayor beneficio que perjuicio al propio menor que se ha visto afectado.

(42) Vide Santos Morón, M.J.: *Incapacitados y Derechos de la personalidad: Tratamientos médicos. Honor, intimidad y propia imagen*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000, en especial págs. 180 y ss.

(43) El artículo 8.1 LOH establece que “no se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante”.

(44) Cuestión distinta es que se autorice en materia que corresponde a la intimidad, e indirectamente se vea afectado el honor. Salvador Coderch, P. (ob.cit., pág. 380) estima contrariamente a nuestra postura que “el consentimiento opera de igual manera en los dos tipos de difamación, es decir, en la falsedad difamatoria y en la violación de la intimidad”; Saraza Jimeno, R. (*Libertad de expresión e información frente a Honor, intimidad y Propia imagen*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 128-129) pone como ejemplo la STC 117/1994, de 25 de abril, que por la peculiaridad del caso no creemos que sea paradigma de la disponibilidad del honor en general. Crevillen Sánchez, C. (ob.cit, págs. 42 y ss.), aunque en un principio plantea la dudosa posibilidad de consentir sobre el honor, parece admitir tal posibilidad. En el mismo sentido que nosotros parecen decantarse Cabezuelo Arenas, A.L.: ob.cit., pág. 14; López Díaz, E.: ob.cit. págs. 56 a 61; Estrada Alonso, E.: ob.cit, págs. 78 y 89; Romero Coloma, A. M.: “*El derecho al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión e información*”, Serlipost, Barcelona, 1991, págs. 129 y ss.

Debe destacarse que, el artículo 3 LOH, norma reguladora de la forma en que se presta el consentimiento para la intromisión en el caso de que el titular sea menor, en principio, no soluciona el problema de la disponibilidad o indisponibilidad del derecho al honor, pues como ya ocurriera con el artículo 2 LOH, no hace distinción entre el honor y el resto de los derechos. En una interpretación literal de la norma, cabe entender que si el menor tiene suficiente madurez puede consentir por sí una intromisión al honor; y si no la tiene, el consentimiento debe “otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado”, y si el Ministerio Fiscal se opone, debe resolver el juez.

Ahora bien, que la norma permita a los menores prestar su consentimiento por sí cuando sus condiciones de madurez se lo permitan, no implica que éstos puedan consentir comportamientos que supongan un atentado contra el honor. Resulta dudoso que, en una interpretación favorable al menor, quepa admitir que es válido y eficaz el consentimiento otorgado por éste para una intromisión, que sería ilegítima por producir una minoración de su honor. Lo apropiado será entender que un menor con suficiente capacidad no consentiría que se atentara contra su honor (45).

Por lo que se refiere a la intimidad, nos parece más razonable (incluso sin considerar la LOPJM) que cuando la pretendida intromisión en el derecho de la personalidad del menor sea de tal naturaleza que pueda conllevar un riesgo a sus propios intereses habrá de entenderse que no existe suficiente madurez, y de esta manera, será siempre necesario, ex artículo 3.1 de la LOH, consentimiento escrito del representante legal y puesta en “conocimiento previo del Ministerio Fiscal”.

En cualquier caso, y volviendo al honor, con la vigencia del artículo 4.3 LOPJM, aun a pesar del consentimiento del propio menor, o de los representantes legales (46), no deja de ser ilegítima la intromisión, al menos no deja de serlo cuando se produce por los medios de comunicación.

Desde el punto de vista objetivo, admitir que un menor puede disponer de su honor (en caso de optar por aceptar que sí que cabe cierta disponibilidad sobre el mismo) implica no tener en considera-

(45) Desde una perspectiva proteccionista no cabe pensar que un menor está capacitado para permitir que se publiquen informaciones o expresiones que pueden no tener consecuencia positiva alguna para su persona; salvo que queramos entender que es positiva una compensación de carácter patrimonial por tales publicaciones. Plaza Penades, J. (*El derecho al honor y la libertad de expresión*, Tirant lo blanch “colección privado”, Valencia, 1996, pág. 133) entiende que “el consentimiento del menor sigue siendo exigible en la forma prevista en el artículo 3 LOPHIPI, pero no impide la existencia de intromisión ilegítima” y entiende que tal circunstancia implica “una excepción a lo previsto en el artículo 2.2 LOPHIPI” en cuanto que éste establece que “no se apreciará intromisión ilegítima...cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento de forma expresa”. Nuestro parecer, aunque creemos que en la práctica llevaría a la misma conclusión, es distinto, pues consideramos que no tiene sentido exigir que se otorgue un consentimiento para una determinada intromisión si aquél (el consentimiento) no sirve para nada, dado que la intromisión sigue siendo ilegítima. El hecho de que la intromisión sea ilegítima aun a pesar del consentimiento del menor o de los representantes legales, podría, no obstante, considerarse como una excepción a la regla general del artículo 2.2 LOH.

(46) Habrá que considerar que tal consentimiento se otorgó con las formalidades del artículo 3.2 LOH, y que el Ministerio Fiscal no se opuso por pensar que la intromisión era permisible, pero en la realidad práctica produjo efectos diversos al afectar al honor. Los representantes legales podrán consentir sobre la intimidad o la propia imagen del menor, pero ¿sobre el honor?; el Ministerio Fiscal podrá no oponerse a que tales o cuales aspectos de la intimidad sean objeto de autorización a la intromisión, e incluso oponerse y en su caso resolver el juez favorablemente, pero de ninguna manera podemos pensar que quepa aceptar una intromisión en el honor de la persona menor. Vide, en un sentido similar, Santos Morón, M.J.: ob.cit., págs. 189 a 195.

ción las circunstancias diferentes que rodean al menor y que tienen que servir para la formación de una distinta conciencia social.

Por otra parte, partiendo de la irrenunciabilidad del derecho al honor, no cabría admitir una autorización encubierta a la intromisión por la vía de la renuncia al ejercicio de la acción correspondiente. Cuestión distinta es que el titular del derecho, o los representantes legales (o incluso el Ministerio Fiscal) decidan, en atención precisamente a la protección del propio interés del menor, no accionar los mecanismos que el ordenamiento otorga para su defensa.

En otros términos, no cabe admitir ningún tipo de autorización a la intromisión en el honor del menor, ni por la vía de la disposición directa ni por la vía de la renuncia a la acción.

No se sabe si la LOPJM protege sólo el honor, o el honor y la intimidad, o algo más que los derechos de la esfera espiritual de la persona (quizás tal cosa sea la que se pretende al referir los “intereses”). Quizás gran parte de los problemas de interpretación, se deba a la configuración de tales bienes jurídicos (honor, intimidad y propia imagen) como un solo derecho (art. 4.1 LOPJM) (47).

La LOPJM (48), aun a pesar de establecer en su artículo 2, in fine, que “*las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva*”, viene a restringir la posibilidad de disposición del honor del mismo (y también de la intimidad y de la propia imagen); tal restricción se hace, precisamente, interpretando los caracteres del derecho al honor referidos al menor para conseguir, a la postre, una adecuada protección del titular.

En este sentido, en virtud del artículo 4.3 LOPJM, aunque se otorgue consentimiento por los menores o sus representantes legales, si existe menoscabo de la honra o reputación del menor en los medios de comunicación, la intromisión es considerada ilegítima (49). Por tanto, podemos afirmar que no cabe disponer de derechos de la esfera espiritual del menor cuando se vea afectado su honor, o no, al menos, si el medio en que se produce el ataque es de comunicación.

La Ley, además de establecer un obvio deber de respeto a los derechos de los menores por los representantes legales y poderes públicos (art. 4.5 LOPJM), lo que básicamente pretende es facilitar la intervención del Ministerio Fiscal, cuando los medios de comunicación, a través de “*la difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores*”, den lugar a una “*intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación*”, o contraríen sus intereses (art. 4.2 LOPJM).

La utilización en el artículo 4 LOPJM, tanto en el apartado segundo como en el tercero, de diversas conjugaciones del verbo poder, nos conduce a reafirmarnos en la consideración de que a través de esta

(47) Habría sido deseable no conceptualizar estos bienes jurídicos como integrados en un mismo y único derecho, sino haberlos conceptualizado como derechos independientes, con una regulación autónoma, o cuando menos diferenciada, de cada uno de ellos. Vide, sobre la defectuosa técnica legislativa Santos Morón, M.J.: ob. cit., pág. 193; Gullón Ballesteros, A.: *Sobre la Ley 1/1996 de protección jurídica del menor*, en La Ley, 1996-1, págs. 1690 y ss.

(48) Al menor le corresponde la misma protección legal que al mayor de edad. Con esta afirmación queda de relieve que la LOH sigue siendo aplicable en materia de derechos de la personalidad del menor, y lo sigue siendo aunque la protección de que son objeto los menores haya sufrido variaciones en virtud de la LOPJM. En este momento, nuestro objeto de estudio es el honor, pero para comprender el verdadero alcance de este derecho creemos oportuno señalar que en poco facilita el análisis de la materia la profunda desconexión que existe entre la LOPJM y la LOH. Vid. Gullón Ballesteros, A.: ob. cit., págs. 1691 y 1692.

(49) De una simple lectura del artículo 4 LOPJM, cabe deducir que, en última instancia, la determinación del supuesto de hecho objeto de la norma y concreción del alcance de la misma vendrá determinada por la actividad judicial, pues será el órgano judicial el que en su actividad de ponderación quién determine los supuestos de hecho amparados por la misma.

norma más que regular el ejercicio y protección de los derechos del menor en la esfera moral, lo que se busca es legitimar al Ministerio Fiscal para intervenir, y así publicar la materia.

Por tanto, no creemos que con la LOPJM la protección que se otorga a los menores haya variado de una manera radical en cuanto a la posibilidad de consentir a la intromisión (50).

Es decir, el artículo 3 LOH permite cierta disponibilidad de los derechos de la personalidad del menor siempre que no le perjudique, y el artículo 4 LOPJM más que regular la vulneración de tales derechos, pretende reforzar las facultades del Ministerio Fiscal.

Lo anterior no significa que consideremos al menor como una persona incapaz respecto de su ejercicio al derecho al honor, sino que sostenemos que el ejercicio de su derecho está sujeto a limitaciones de orden público que impiden un ejercicio perjudicial del derecho por sí mismo o por sus representantes legales. En ningún caso cabe admitir como consentimiento válido y eficaz aquel que otorgan los representantes legales sin cumplir con los trámites del artículo 3.2 LOH (51).

Si toda intromisión a través de los medios de comunicación (y no sólo por ellos) que puede implicar menoscabo de la honra o reputación es ilegítima, nunca será admisible un consentimiento sobre tal bien jurídico y, por tanto, habrá que considerar que la expresión del artículo 4.3 LOPJM "*incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales*" es reiterativa, en la medida en que no se admite consentimiento al respecto, ni por el menor, ni por sus representantes legales.

Abundando en la materia, también será ilegítima toda intromisión en la intimidad o en la imagen del menor, que comporte un menoscabo de su honra o reputación, es decir, en su honor. Si bien cabe

(50) Dudamos que pueda entenderse que el menor tiene suficiente juicio cuando pretende consentir una intromisión en su honor y, por tanto, creemos que será de aplicación el apartado 2 del artículo 3 LOH, y nunca el apartado 1 de este mismo artículo. Gisbert Jordá, T (*Ley de protección jurídica del menor*, en Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núm 1776, pág. 8) afirma, en referencia al artículo 4.3 LOPJM que "dado que la L.O. 1/1982 establece que el consentimiento de los menores deberá presentarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil, este precepto procura la protección del menor en aquellos supuestos en que el menor ha prestado su consentimiento pero puede haber sido manipulado, incluso por sus propios padres, representantes legales o grupos con que se relacione, por diversos motivos incluso el crematístico". La autora afirma la posibilidad de prestar consentimiento y a partir de esta premisa justifica la vigencia del artículo 4.3. Por nuestra parte, consideramos que su postura y la nuestra no están tan distantes, pues si bien nosotros afirmamos como premisa la imposibilidad de prestar consentimiento lo hacemos en atención al ámbito de protección que se quiere para el menor, ámbito que supondría acudir al artículo 4.3 LOPJM, y que implicaría la obtención de similares consecuencias que las pretendidas por la autora. Vide, en el mismo sentido que la autora, Sabater Bayle, E.: *La nueva ley de protección Jurídica del menor*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año VI, nº 241, 11 de abril de 1996, pág. 3. Por su parte, Leal Pérez-Olague, M.L. (*Comentarios a 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*, en *La Ley*, 1 de marzo de 1996, pág. 1311) dice que "la protección se refuerza considerablemente, al haberse constatado el efecto multiplicador del daño que tiene lugar cuando la injerencia se realiza en los medios de comunicación, por lo que ha sido necesario sustraerlo a la excepción que se produce con la prestación del consentimiento, y encomendar la protección al Ministerio Fiscal, ya que en estas situaciones, la aparición del menor en los medios algunas veces es promovida y consentida por sus propios representantes atraídos por la resonancia pública y los efectos económicos que ello puede tener".

(51) Gisbert Jordá, T. (ob.cit., págs. 8 y 9) expone que, en la práctica, los padres no cumplen con el trámite del artículo 3.2 LOH, no existiendo notificación al Ministerio Fiscal "bien porque desconocen esta obligación, bien porque no desean que el Fiscal se oponga o pueda impedirlo". A nuestro parecer, no cabe duda de que tal actuación comporta la posibilidad de que en todo momento el Ministerio Fiscal intervenga para salvaguardar los derechos del menor, y tal posibilidad existía tanto antes de la LOPJM como, por supuesto, después. Cuestión distinta es la de la calificación del acto o negocio jurídico como nulo o anulable. A nuestro juicio, estamos ante un requisito formal cuyo incumplimiento supone la nulidad de pleno derecho del negocio jurídico.

cierta disposición sobre la imagen e intimidad del menor, o por él o por sus representantes legales, siguiendo el camino del artículo 3 LOH, tal autorización será ineficaz si se ve afectado el bien jurídico honor (52).

A nuestro juicio, la referencia del artículo 4.3 LOPJM, a *“cualquier utilización de su imagen o nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación”* no es otra cosa que una cláusula que trata de asegurar que la honra o reputación, y los intereses del menor (53) quedan salvaguardados frente a cualquier información que pudiera afectarles pero, en realidad, lo único que aporta es una regulación expresa a algo que ya estaba implícito en la LOH.

8. EL HONOR DEL MENOR DESDE LA ÓPTICA DE LA LOPJM

Tras analizar la normativa que existe en materia de honor, intimidad e imagen, subrayamos que, cuando la ley restringe las posibilidades de disposición-autorización establece específicas cautelas proteccionistas en atención a la propia percepción del daño o a las circunstancias en que éste se produce; de este modo, se acota, no simplemente el derecho, sino el derecho en función de las titularidades.

La relación que existe entre la LOPJM y la LOH por lo que se refiere al honor, a la intimidad y a la propia imagen es, siguiendo con nuestro argumento, de especialidad por razón del sujeto titular del derecho; no obstante, cualquier hecho que pudiera ser constitutivo de intromisión ilegítima de conformidad con el artículo séptimo de la LOH (54), seguirá siéndolo con independencia de que el afectado sea menor.

Los apartados segundo y tercero del artículo 4 LOPJM se refieren a *“medios de comunicación”* como lugar donde se producen los hechos. Sin una reflexión serena podría pensarse que se establecen varios

(52) Santos Morón, M.J. (ob.cit., pág. 192) señala que *“el único caso en que parece factible que la lesión del derecho al honor del menor o el incapacitado haya sido consentida por los representantes legales, e incluso aprobada por el M. F., o el juez, es aquél en que la lesión del honor de aquéllos es consecuencia indirecta del consentimiento a la intromisión en otro derecho de la personalidad (...) cuando no es posible a priori percatarse de la consecuencia lesiva que, para el honor, puede tener el consentimiento a la intromisión en ese otro derecho”*.

(53) Leal Pérez-Olague (ob. cit., p. 1311) considera que en virtud de la redacción que recibe el artículo 4 LOPJM *“son intromisiones ilegítimas, además de las que resulten de la aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, especificadas en su artículo 7, cualquier utilización de la imagen o nombre en los medios de comunicación que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor”*.

(54) Señala el artículo 7 LOH que *“tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo octavo, dos.): Uno. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas. Dos. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción. Tres. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo. Cuatro. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela. Cinco. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo segundo de esta Ley: Seis. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. Siete. La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.”*

tipos de responsabilidad en función, por una parte, del medio a través del que se produce la intromisión ilegítima y, por otra, del titular afectado (55). Extraer tal conclusión sería erróneo porque el *Interés Superior del Menor* prima sobre cualquier otro interés legítimo y el perjuicio puede ser igual o incluso mayor aunque la intromisión no se produzca en los medios de comunicación (56). Además, de conformidad con el artículo 4.4 LOPJM, el Ministerio Fiscal está legitimado para entablar todas las acciones de que sean titulares los representantes legales, por lo que sería un contrasentido que no pudiera pretenderse una actuación en cualquier ámbito que entrañara un perjuicio en los derechos al honor a la intimidad y a la propia imagen de los menores.

El artículo 4.3 LOPJM, a nuestro entender, no pretende una restricción a los derechos de la personalidad, sino una adecuada adaptación a la protección que el menor se merece. Se trata no tanto de restringir el ejercicio del derecho (en el sentido de disfrute), como de evitar todas aquellas actuaciones que puedan tener un resultado negativo para el menor, titular del derecho (57). Al tratar de garantizar el anonimato del menor implicado en un hecho noticiable que puede afectarle negativamente no se coarta la libertad de información, sino que, se garantiza de manera más específica algo que ya regulaba la LOH de manera genérica.

La idea de “*difusión de información*” del artículo 4.2 LOPJM, en sus dos manifestaciones (difusión de información que puede implicar una intromisión ilegítima contra la intimidad del menor, y difusión de información que puede implicar una intromisión ilegítima contra la honra o reputación del menor), encuentra identidad con la del apartado tercero del artículo 7 LOH que refiere supuestos de “*divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación o buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo*” (58). Por lo anterior, el artículo 4.2 LOPJM no pretende una determinación casuística de la vulneración sino que, por medio del establecimiento de una serie de criterios vagos e imprecisos, establece un mandato directo hacia el Ministerio Fiscal, de protección, e indirecto hacia los medios de comunicación, de respeto, pero sin determinar cuándo se habrá producido la intromisión ilegítima. No se fijan, por tanto, límites de manera apriorística (59).

De este modo, no supondrá un ataque contra la intimidad o el honor de una persona menor la difusión de una información veraz que responda a la necesidad de conocimiento de la realidad en que se desenvuelve la vida, y a la formación de una conciencia social, siempre y cuando se

(55) Estamos de acuerdo con Plaza Penades (ob. cit., pág. 132) en que la intromisión descrita en el artículo 4.3 LOPJM “es extensible a cualquier sujeto activo, aunque no se trate de medios de comunicación”, y ello en base al carácter de *numerus apertus* de las intromisiones ilegítimas.

(56) Por ejemplo, el apartado segundo del artículo 7 LOPJM, establece, con relación al derecho de asociación, que “cuando la pertenencia de un menor o de sus padres, impida o perjudique el desarrollo integral del menor, cualquier interesado, persona física o jurídica, o entidad pública, podrá dirigirse al Ministerio Fiscal para que promueva las medidas jurídicas de protección que estime necesarias”. Entonces, cabe pensar que cuando la pertenencia a una asociación pudiera causarles perjuicio en su honor o intimidad o imagen, y por tanto en su desarrollo integral, el Ministerio Fiscal debe intervenir para protegerles.

(57) De acuerdo con el artículo 4.5 LOPJM, “los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros”

(58) En puridad, el inciso primero de este apartado tercero del artículo 7 LOH refiere una intromisión ilegítima de “carácter mixto, ya que no sólo se lesiona del derecho al honor del ofendido, sino también la intimidad del mismo” (Plaza Penades, J: ob.cit., pág. 68).

(59) En el artículo 4.3 LOPJM, tampoco existe una determinación casuística que excepcione el criterio de ponderación caso por caso, de los supuestos de intromisión ilegítima en los derechos de la esfera moral del menor.

empleen los medios precisos para garantizar el anonimato del individuo menor, y se actúe con respeto hacia su dignidad (60).

En resumen, una información se puede calificar de legítima o ilegítima en función de que aparezca la imagen o nombre de la persona menor afectada, o de que se ofrezcan datos suficientes para su identificación, y entonces, se estará incumpliendo el mandato del artículo 7.3 LOH, a la par que será de aplicación el artículo 4.2 LOPJM (61).

En cualquier caso, esta materia resulta controvertida. De una parte, se pueden desvelar aspectos referentes a la intimidad de la persona menor que tuvieran en un determinado momento cierta relevancia pública; y de otra, esos aspectos pudieran constituir un daño hacia su “*honra o reputación*”, pero, supuesta la relevancia pública de la información, ha de preservarse el conocimiento de la identidad de la persona, cuando de su conocimiento, pudiera derivarse perjuicio para el propio menor (62).

Los razonamientos que GARCÍA SAN MIGUEL realiza acerca de la intimidad en general son válidos para los casos en que el titular es menor edad. Este autor sostiene que es lícito “publicar, sin previo consentimiento, cosas tales como asistencia a actos sociales, obtención de premios, referencia a dichos actos o sucesos en que ha participado una persona, etc., aunque pertenezcan a la vida privada” afirmando que “la razón parece clara: a la gente no le disgusta salir en los periódicos cuando ello le da buen nombre o aumenta su prestigio” (63).

(60) La STC 71/1990, de 5 de abril, con relación a la publicidad de las actuaciones judiciales expone “la conveniencia de preservar a través de un régimen limitativo de la publicidad (...), los intereses del menor” que “podrían en cambio resultar perjudicados por una publicidad innecesaria e incompatible con la protección que merecen los niños, con arreglo a los que dispone el artículo 39.4, de la Constitución y los Convenios Internacionales”. Vide, en este mismo sentido, la STC 36/1991, de 14 de febrero, que se pronuncia con motivo de varias cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas en relación con el Texto Refundido de la legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores. Vide también la STS de 27 de enero de 2000 (RJ 2000\12), según la cual si los hechos son de interés social y reprochables en la conciencia tanto como en la voz, y su difusión no se queda en la mera satisfacción de la curiosidad morbosa, pueden constituir el objeto de la información.

(61) En este sentido, procede traer a colación la SAP de Barcelona, de 1 de junio de 1999, que resolvió un recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal por una posible vulneración del derecho a la intimidad de cinco menores de edad por la publicación de un reportaje por la revista “Interviú” en el que se informaba sobre la violación y sometimiento a abusos sexuales por padres y hermanos sobre alguno de sus respectivos hijos y hermanos menores de edad. La Sentencia declara la prevalencia de la libertad de información inspirada en el legítimo afán de denuncia de unos hechos que muestran, en toda su crudeza, los aspectos menos gratificantes de la condición humana. El Tribunal entiende que ni las fotografías publicadas (con los rostros de los niños disimulados, y de épocas algo anteriores a la publicación del reportaje), ni la consignación de sus iniciales constituyen elementos que por sí solos permitan la identificación de los niños afectados por la información, considerando que la única alternativa es la del silenciamento de tales hechos, lo que supondría establecer áreas de censura informativa sin cobertura legal expresa, y, además, de dudosa eficacia desde el punto de vista de política criminal, dado que la ocultación pública de tales hechos, redundaría en una mayor sensación de impunidad de sus autores. El juicio de ponderación sigue siendo el mismo; desde una perspectiva material, la LOPJM no ha restringido la libertad de información y de expresión frente al honor, la intimidad o la propia imagen, sino que por medio de esta Ley se ha venido a explicitar algo que ya estaba implícito en una adecuada interpretación de la LOH y de las normas protectoras de menores. Por ejemplo, la STS, de 27 de enero de 2000, con relación a la información periódica producida en el año 1992, relativa a un juicio oral sobre violación a una menor por su padre, entiende que no existe intromisión ilegítima pues la información es veraz, de interés público, y comedida, pues suprime todo dato inoportuno de identificación de interesados con trascendencia más allá de su reducido círculo de relación.

(62) Vide García San Miguel, L.: *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 31. Vid. también, siguiendo a este autor, López Díaz, E.: ob.cit., pág. 276.

(63) Vide García San Miguel, L.: *Estudios...ob. cit.*, pág. 31.

En definitiva, los apartados segundo y tercero del artículo 4 LOPJM, referidos a medios de comunicación, operan como cláusulas de orden público, acotando de manera más estricta y protectora la difusión de informaciones sobre menores que pudieran afectar a su honor, intimidad o imagen; pero, sin embargo, tales cláusulas ya estaban vigentes antes de la Ley. Ahora bien, aunque no existen obligaciones distintas de las ya vigentes con la LOH, sí que se plasma la preocupación del legislador por una más contundente protección de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor.

Por último, si nos centramos en la libertad de expresión (64), la regla general es de plena aplicación al caso de los menores. Y así, la libertad de expresión no justifica la atribución a una persona identificada de cualquier forma que no deje lugar a dudas sobre su identidad de hechos que la hagan desmerecer del público aprecio y respeto, reprobables a todas luces sean cuales fueren los usos sociales del momento. En virtud del artículo 4.3 LOPJM nada legítima, ni siquiera la autorización del propio menor, o de los representantes legales en la forma que establece la Ley, la *“utilización de la su imagen o nombre en los medios de comunicación”* si esta puede *“implicar menoscabo de su honra o reputación”*.

9. HONOR DEL MENOR Y DIFAMACIÓN EN LA LEY

La difamación *“es la típica agresión al honor”* (65). Por eso, y teniendo en cuenta la dificultad de aproximarse a derechos como este, obviando los supuestos de intromisión ilegítima, parece apropiado un acercamiento a esta figura intromisiva a fin de entender mejor en qué consiste el honor en general y el honor del menor en particular.

SALVADOR CODERCH, indica que *“difamar es publicar enunciados factuales relativos a una persona y lesivos a su reputación que, –o bien son falsos–, o bien aunque sean verdaderos constituyen una intromisión en su intimidad. Pero no hay difamación si el afectado presta su consentimiento a ella”* (66).

En sentido estricto, difamar es publicar enunciados factuales relativos a una persona que además de ser falsos son lesivos a su reputación. En sentido amplio, difamar es publicar enunciados factuales relativos a una persona que aunque son verdaderos pertenecen a su esfera privada o intimidad y son lesivos para su reputación.

El apartado séptimo del artículo 7 LOH declara que es intromisión ilegítima *“la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”*.

Este apartado séptimo, reformado por la Disposición Final de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, en su antigua redacción establecía como intromisión ilegítima *“la divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena”*; por tanto, no bastaba con la imputación a que se refiere en la actualidad. Mientras que para

(64) En el Epígrafe II del Anexo exponemos la relación existente entre libertad de expresión e información y los derechos al honor, intimidad e imagen de los menores.

(65) Lacruz Berdejo, J.L.: ob.cit., pág. 88.

(66) Salvador Coderch, P.: ob.cit. pág. 21. Indica el autor que no se puede saltar indiscriminadamente de la difamación en sentido estricto a la difamación en sentido amplio, o viceversa, *“pues, de hacerse así, se corre el riesgo o de afirmar que se puede decir todo con tal que sea cierto o, en el otro extremo, que no cabe hablar de nada que afecte a alguien aunque sea verdad”*.

determinar la existencia de un delito de injurias ni era, ni es, requisito necesario la “divulgación” (67), sí que se requería en todo caso divulgación, pues si no, desde la perspectiva civil no existía intromisión ilegítima en el honor (68); la modificación realizada al artículo 7.7 LOH estaba justificada.

La nueva redacción de este último precepto aporta una mayor identidad entre normativa civil sobre honor y normativa penal en materia de injurias (69). El supuesto de hecho regulado en el actual artículo 7.7 LOH, ha ampliado el ámbito de responsabilidad civil en materia de honor, y por supuesto, quedan incluidas como intromisiones ilegítimas en el honor, todas aquellas que ya lo eran en virtud del antiguo artículo 7.7 LOH.

El artículo 4.3 LOPJM establece un supuesto concreto –menoscabo de la honra o reputación del menor en los medios de comunicación– incardinable dentro de los reflejados por el artículo 7.7 LOH, supuesto que se corresponde más con la antigua redacción de este artículo. Pero la especificidad no acaba aquí, sino que de acuerdo con el artículo 4.3 LOPJM no se admite que se autorice ni por el menor, ni por los representantes legales, intromisión alguna que implique menoscabo de su honra o reputación, pero a la misma consecuencia se llegaría si se aplicara el artículo 3 LOH, que regula el consentimiento.

Mientras que con el artículo 4.2 LOPJM, se otorga una protección al menor en tres materias: la intimidad, el honor (honra o reputación), y en “*sus intereses*” (sic), a través del artículo 4.3 LOPJM sólo se protege la honra o reputación (y los intereses del menor). Parece viable, por tanto, interpretar que: si bien es posible una cierta disposición sobre la intimidad (cumpliendo los trámites del artículo 3 LOH), tal disposición no es admisible si comporta un riesgo para el honor (honra o reputación) del menor (70).

El error de base reside en que el artículo 4 LOPJM se refiere a los términos honor, intimidad y propia imagen como un derecho unívoco, cuando en verdad son tres, quedando desnaturalizado el sentido de los términos utilizados. Por este motivo, el legislador se ha visto en la necesidad de acudir a reiteraciones y a otros conceptos que no dejan de ser, salvando las distancias, sinónimos (71).

(67) Por su parte el artículo 459 del antiguo Código Penal entendía como injuria “toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonor, descrédito o menosprecio de otra persona”, el artículo 458 determinaba cuando se consideraban las injurias como graves, y los artículos 459 y 460 establecían agravantes para las injurias ya fueran graves o leves en función de que se hubieran hecho por escrito y con publicidad (vide también el artículo 463). El artículo 211 del vigente Código Penal establece que “*la calumnia y la injuria se reputarán hechas con publicidad cuando se propaguen por medio de la imprenta la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante*” (vide art. 208 y ss.). Por tanto el Código Penal considera la publicidad del hecho injurioso como agravante de la pena, mientras la antigua redacción del artículo 7.7 LOH requería la divulgación para la intromisión, con lo que había cierta contradicción entre el ilícito civil y el ilícito penal. Con la nueva redacción de este último precepto será la gravedad de los hechos la que venga a determinar el alcance del daño moral por aplicación del artículo 9.3 LOH, en cuya virtud “*se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido*”.

(68) Vide la SAP de Madrid, de 19 de enero de 1999 (AC 1999\6923).

(69) Como establece el artículo 208 C.P, “*es injuria la acción o expresión que lesiona la dignidad de la persona menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación*”.

(70) Lo mismo se puede decir sobre el consentimiento a la utilización de la imagen o nombre por los medios de comunicación.

(71) Donde se dice honra o reputación debería aparecer el término honor; además, es un contrasentido utilizar el término “imagen” por un lado, como parte de un único derecho, y por otro como medio para la producción de la intromisión ilegítima en el mismo. Por otra parte, acudir a la expresión “que sea contraria a sus intereses” para definir cuando estamos ante una intromisión ilegítima en este derecho, decíamos unívoco, otorga poca seguridad jurídica a la resolución de conflictos entre libertad de expresión e información y derechos al honor, a la intimidad o propia imagen.

Por lo tanto, el artículo 4.2 LOPJM parece estar pensando, al referirse a *“intromisión ilegítima”*, en los supuestos del artículo 7 LOH, que son *numerus apertus* (72), mientras que el artículo 4.3 LOPJM constituye, bien un supuesto más de intromisión ilegítima (73), bien un supuesto específico dentro de alguno de los que refiere el artículo 7 LOH.

Atendiendo al artículo 7.3 LOH subrayamos que, como regla general, si existe consentimiento del titular, la intromisión deja de ser ilegítima y, por tanto, se pueden divulgar *“hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación o buen nombre”* y se puede revelar o publicar el *“contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo”*. No obstante, esta regla no es absolutamente aplicable al caso de los menores, porque ese consentimiento legitimador no es siempre factible. Por ejemplo, autorizar una intromisión en la intimidad del menor no es posible si se va a ver afectado su honor (74); tampoco resultará legítima la intromisión si la revelación o publicación de esos escritos personales es contraria a sus intereses.

Ahora bien, la revelación de informaciones, hechos, escritos, o documentos referentes a algún menor no está sancionada; lo que sí que lo está es vincular tales datos a la toma de conocimiento de la persona concreta que se ve afectada por tal divulgación, revelación o publicación, en terminología del artículo 7.3 LOH o por tal difusión de información o utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación, en terminología de los artículos 4.2 y 4.3 LOPJM.

Nuestro razonamiento no puede acabar aquí, el artículo 4.3 no prohíbe autorizar una intromisión en la intimidad, tampoco prohíbe autorizar a una intromisión en la imagen del menor, y tampoco pro-

(72) No todos los supuestos enunciados en el artículo 7 LOH conllevarán una hipotética aplicación del artículo 4.2 LOPJM. Los supuestos referidos en el apartado primero del artículo 7 LOH son autónomos e independientes de los que el artículo 4.2 LOPJM comprende. En aquellos casos se produce una intromisión en la intimidad a través del *“emplazamiento”* (Vide López Díaz, E.: ob.cit., págs. 269 a 270. Vide también Lacruz Berdejo, J.L.: ob.cit., pág. 90.). Tal emplazamiento difícilmente puede constituir, como requiere el artículo 4.2 LOPJM, *“la difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación”*. Una cosa es emplazar *“en cualquier lugar aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para gravar o reproducir la vida íntima de las personas”*, y otra es *“la difusión de información”*, que no requiere necesariamente de esta actividad, y la *“utilización de imágenes o nombre de los menores”*. El mero emplazamiento de estos aparatos no constituye ni lo uno ni lo otro, con lo que no parece que las hipotéticas intromisiones ilegítimas del artículo 7.1 LOPJM sean incardinables en el ámbito del artículo 4.2 LOPJM.

Los supuestos del apartado segundo del artículo 7 LOH se refieren a *“la utilización de aparatos de escucha (...) para el conocimiento de la vida íntima (...) así como su grabación, registro o reproducción”* y, desde luego, no pueden constituir los mismos *“difusión de información”*. Pero hemos de preguntarnos si pudieran estar contemplados dentro de la idea de *“utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación”*, y, en este sentido, cabe decir que no siendo sencillo decantarse en un sentido positivo o negativo, parece que la norma no busca tanto habilitar la intervención del Ministerio Fiscal de conformidad con el artículo 4.2 LOPJM, para evitar la obtención de la imagen del menor (no parece que quepa relacionar el artículo 7.2 con la utilización del nombre), como para evitar que se produzca una utilización perjudicial de la misma por los medios de comunicación. Es decir, con independencia de que los supuestos de hecho de la norma sean generadores de responsabilidad, y puedan ejercerse las acciones pertinentes, incluso por el Ministerio Fiscal, no aparecen referidos tales supuestos de hecho dentro de los del artículo 4.2 LOPJM. Por nuestra parte, creemos que la interpretación debe ser la señalada, salvo que se deba entender que *“en los medios de comunicación”* (art. 4.2 LOPJM), quiere decir, en el ámbito de los medios de comunicación, pues bastaría cualquier *“utilización”*, entendida como grabación, registro, reproducción, tratamiento, archivo... en el seno del medio de comunicación de que se trate para que la norma fuera aplicable.

(73) En este sentido, dice Plaza Penades, J. (ob.cit., págs. 131 y ss) que este artículo delimita un nuevo supuesto de intromisión ilegítima en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen que debe añadirse a los ya descritos en el artículo 7 LOH.

(74) Reputación o buen nombre, según dice del artículo 7.3 LOH, honra o reputación, según el artículo 4.3 LOPJM.

hibe que el nombre del menor aparezca en los medios de comunicación. Lo que prohíbe son ciertas actuaciones que podrían perjudicar al menor como titular del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

Esas actuaciones de las que hablamos serían, sin lugar a dudas, todas aquellas en las que el conocimiento de la identidad del menor afectado pudiera dañar no sólo su intimidad, sino también su honor, y también aquellas en las que en una adecuada ponderación de los intereses en juego, aunque el honor no se viera directamente afectado, sí que ciertas autorizaciones sobre la intimidad o la imagen del menor pudieran ocasionar más perjuicios que beneficios.

En esta línea de pensamiento, consideramos que la distinción entre difamación en sentido estricto y en sentido amplio pierde su significado cuando se trata de menores de edad pues, en esos casos, el hipotético perjuicio que recibe el menor no encuentra legitimidad a través del consentimiento del afectado o de sus representantes legales; la lógica jurídica hace que tanto de la interpretación del artículo 3 LOH, como de la del artículo 4.3 LOPJM no quepa deducir otra cosa, con lo que la referencia al ámbito de los medios de comunicación no puede entenderse como de carácter excepcional, sino de carácter ejemplificativo.

Todo supuesto en que se vea afectada la reputación de la persona menor, aunque tenga su fundamento en hechos verdaderos pertenecientes a la esfera privada (75), no deja de constituir un supuesto de difamación que aunque pudiera decirse que no lo es en sentido estricto, sí que pudiera, al menos, ser calificado como un supuesto “cualificado” dentro del sentido amplio de la difamación, ya que existen supuestos de difamación en sentido amplio en los que el consentimiento no legitima la intromisión, como es el caso de los menores (76).

10. REQUISITOS PARA QUE EXISTA DIFAMACIÓN DEL MENOR

Es conveniente traer a colación los requisitos de la difamación a los efectos de demostrar que existen ciertas diferencias en el caso de que el sujeto afectado sea menor de edad.

Para que exista difamación en general (77) se requiere **la publicación** (la LOH se refiere a “divulgación” (78) en sus artículos. 7.3 y 7.7) **de un enunciado indicativo o factual de hechos** que han de ser

(75) Dice Crevillen Sánchez, C. (ob.cit., págs. 40 y ss, en especial pag. 61) que “si lo que se dice de una persona es verdad, por mucho que se lesione su prestigio o fama, no implica un ataque del honor de la misma”.

(76) Ha de tenerse en cuenta que, de conformidad con el artículo 215 C.P, en los delitos de calumnias e injurias se admite el perdón del ofendido. Pero el perdón, cuando la víctima es menor o incapaz, no es siempre eficaz pues como dice el artículo 130 C.P. “en los delitos o faltas contra menores o incapaces, los Jueces o Tribunales, oído el Ministerio Fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del Ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena. Para rechazar el perdón a que se refiere el párrafo anterior el Juez o Tribunal deberá oír nuevamente al representante del menor o incapaz”. Observamos que la referida norma se refiere al perdón de los representantes legales oído el Ministerio Fiscal, ¿no podría ser el propio menor el que lo otorgara, oído el Ministerio Fiscal? Recordamos que el menor tiene derecho a ser oído de conformidad con el artículo 9 LOPJM, y quizás en este caso estemos ante una excepción de carácter protector de los interés del menor, no permitiéndose que perdone él sino sus representantes legales, e incluso, si le causa perjuicio (art. 9.2. LOPJM) no permitiéndose que sea oído directamente.

(77) Seguimos en el cuanto a los requisitos de la difamación a Lacruz Berdejo, J.L.: ob.cit. pág. 89.

(78) La divulgación consiste en la comunicación del enunciado difamatorio a terceros por cualquier medio, influyendo el medio de difusión tanto en la existencia de la difamación como en la gravedad de la misma. Se requiere voluntariedad. La negligencia no exonera de responsabilidad, pero no es lo mismo una actuación dolosa o culpable que provoca el daño, que una actuación basada en una información “suficientemente” contrastada pero errónea.

relativos a la persona y lesivos a su reputación (79). Tales hechos han de ser **falsos o, si verdaderos, afectar a su intimidad**. Todo ello **no consentido por el afectado**.

Como regla general no hay difamación si existe consentimiento; en el caso de los menores se quiebra esta regla pues el consentimiento no legitima la intromisión.

Los requisitos de la difamación, en una concepción de ésta en sentido estricto o amplio, pierden su significado cuando de menores se trata pues, si bien cabe aceptar que honor, intimidad y propia imagen constituyen intereses exclusivamente privados para los que el legislador garantiza un ámbito de reserva que corresponde defender al particular (80), tal regla resulta en esencia aplicable a los mayores de edad plenamente capaces, pero se muestra de complicada aplicabilidad a los menores de edad por cuanto que existe un interés público en que se respeten sus derechos inherentes al honor, a la intimidad y propia imagen y, en virtud de dicho interés, se restringe la posibilidad de autorizar, tanto a ellos como a sus representantes legales, determinadas actuaciones que pudieran incidir negativamente sobre los mismos.

Existirá **difamación del menor** siempre que estemos ante **la publicación de un enunciado indicativo o factual de hechos relativos a dicho menor y lesivos a su reputación**. Si los hechos son falsos y lesivos a la reputación del menor existirá difamación en sentido estricto. Si los hechos son verdaderos, pertenecientes a la intimidad, lesivos a la reputación del menor, y no existe consentimiento a la intromisión, estaremos ante una difamación en sentido amplio. Si se dan las mismas circunstancias que en el caso anterior, pero existe consentimiento a la intromisión, estaremos ante una difamación cualificada dentro del ámbito de la difamación en sentido amplio.

Resulta más problemático determinar qué ocurre cuando los hechos son verdaderos y existe un interés legítimo en su conocimiento o revelación (81), pero afectan a la reputación del menor. En estos casos, no es legítimo vincular la información a la imagen, nombre, o datos del propio menor, ya que ello supondrá un comportamiento perseguible en virtud de los apartados segundo y tercero del artículo 4 LOPJM; pero resulta difícil pronunciarse sobre cual es el derecho afectado. Hemos partido de la base de que los hechos son noticiables pero ponen en peligro la reputación del menor; este dato es fundamental para considerar que el conflicto se produce entre libertad de información y honor del menor, que es lo que en última instancia se ve afectado. La difusión de la imagen, del nombre, o de datos que puedan permitir la identificación del menor, no es más que el medio por el que se produce el resultado que no es otro que el atentado contra el honor del menor (82).

Por tanto, es legítimo defender que los requisitos de la difamación en general no cubren todas las posibilidades de difamación de personas menores, pues podríamos sostener que a un menor se le difa-

(79) "La esencia de la difamación consiste en rebajar y aislar, en desmerecer al interesado ante los ojos de sus con-sociados (sic) y en marginarle de ellos publicando mentiras o desvelando su intimidad" (Salvador Coderch, P.: ob. cit., págs. 224 y 225).

(80) Vide. Salvador Coderch, P.: ob.cit., pág. 380.

(81) Vide la Instrucción 2/1993, de 15 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre función del Ministerio Fiscal y el derecho a la intimidad de los menores víctimas de un delito.

(82) De lo expuesto en el texto principal no se deben extraer conclusiones erróneas pues a nuestro juicio nada impide que la actividad de los medios de comunicación puede ser constitutiva no sólo de intromisiones ilegítimas en el honor, sino también en la intimidad o en la propia imagen si se dan los requisitos establecidos por la LOPJM y la LOH.

ma cuando se facilitan datos que permiten identificarle, o se vincula su imagen o nombre con información veraz y de interés general pero que daña su reputación (83).

Una vez expuestos los requisitos de la difamación, consideramos conveniente traer a colación dos decisiones judiciales, en las que si bien no se entiende que los hechos enjuiciados fueran difamatorios, consideramos que en ellos concurren todos los requisitos para que ésta exista.

En primer lugar nos vamos a referir a la SAP de Madrid, de 23 de mayo de 1997 (84), que resuelve sobre los siguientes hechos:

Un menor de 14 años de edad, acogido en un centro de la Comunidad y agredido por otros chicos internados en el mismo centro, fue interrogado, junto a su madre, en el centro hospitalario donde se hallaba convaleciente. Por este motivo, se realiza un reportaje televisivo en el que quedan publicados ciertos hechos y datos relativos al menor, además de la agresión por apuñalamiento que sufrió, como hecho central motivador del reportaje.

En dicho reportaje, aparece la imagen cinematográfica del menor efectuando declaraciones y, también, la madre de ese menor que declara ciertos datos que afectan al niño; todo ello en respuesta a las preguntas que a uno y otro dirige el presentador del programa Señor L. Éste manifiesta que un Juez ha quitado a la madre la custodia del hijo y que ha sido internado en un centro de menores de la Comunidad de Madrid. Lo primero no consta en autos que sea cierto; en verdad, el internamiento tuvo lugar por contrato entre la madre y el centro que acogió al menor por tiempo determinado, al finalizar el cual el niño retornaría con la madre. Por su parte, el menor, estimulado por las preguntas del presentador, dice que su madre le pegaba con la mano, que se fugó de casa y, por eso, fue llevado al centro de menores, dando seguidamente su versión sobre la agresión de que fue objeto, versión que el presentador pone en duda al cuestionarse qué sucedió realmente. A continuación, el señor L. expone que N.J. ha tenido una vida muy difícil y llena de desventuras, casi desde que nació. Después interroga a la madre que manifiesta que su hijo es muy agresivo, que un familiar le indujo a actuar contra ella, que la denunció por malos tratos, que se escapaba e iba a la calle vendiendo pañuelos y que se junta con malos amigos.

(83) Se podría considerar que el bien jurídica protegido es la intimidad. A nuestro juicio, sin negar que en otras ocasiones así sea, si lo que se ve afectado es la reputación del propio menor, debe primar ésta sobre aquélla; además, la difusión de información de interés general o de relevancia pública es legítima. También se podría entender que lo que existe es un atentado contra el derecho a la propia imagen del menor. En ocasiones será así, pero además, si se daña la reputación éste será el bien jurídico principalmente afectado. Es legítima una intromisión en la intimidad o en la imagen del menor siempre que no implique menoscabo en su honra o reputación ni sea contraria a sus intereses; además, será necesario o no el consentimiento en función de los casos (Vide Epígrafe III del Anexo).

(84) Esta Sentencia (AC 1997/1162), que tiene su origen en unos hechos producidos el 14 de octubre de 1993 no encuentra la aplicación de la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, en aplicación de la Disposición Transitoria Única de la misma” que establece que *“Los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior”*. La STS de 26 de marzo de 2003 (TOL 349195) ha admitido el recurso de casación interpuesto por los demandados por entender que existía consentimiento suficiente para la reproducción de la imagen del menor y que la en la noticia de interés público quedan inmersos aspectos de la vida del menor que según la sala no atentan contra la intimidad del menor; nosotros no estamos en absoluto de acuerdo con los criterios de esta Sentencia, y consideramos que los criterios de la Sentencia de la Audiencia Provincial se ajustan mejor a lo que la protección de menores requiere, por ello nos referimos a ésta. Vide Epígrafe VI del Anexo donde reflexionamos sobre esta Sentencia.

El conflicto se había planteado entre libertad de información e intimidad y propia imagen y no en relación al honor del menor, pero creemos que dados los hechos, esto hubiera sido perfectamente viable. Esta circunstancia nos servirá para acercarnos al problema de la difamación en sentido estricto y en sentido amplio, porque se dan todos los requisitos establecidos para que los hechos constituyan un supuesto de difamación, tanto en un sentido como en otro; tal y como se deduce de lo que exponemos a continuación.

La comunicación se produce en un programa de televisión; por tanto, existe publicidad (requisito de la divulgación, del artículo 7.3 y del antiguo 7.7 LOH). Existe un enunciado indicativo o factual de hechos (85); en este caso, el presentador dirige los interrogatorios tanto a la madre como al niño “entrevistados y sus preguntas motivaron la revelación de los hechos dados a conocer en el reportaje” (86). Puede ser considerado, por tanto autor directo de los hechos que generan responsabilidad. Por otra parte, los hechos relativos a la persona (se refieren al menor, y a su madre), son lesivos a la reputación; y en ellos se entremezclan tanto hechos falsos como verdaderos que afectan a su intimidad (87). Por último, en este caso, el consentimiento no legitimaría la intromisión.

A nuestro juicio, los hechos reflejados en la Sentencia eran constitutivos de difamación, pero lo que verdaderamente importa es recalcar que al amparo de la veracidad de la información no se puede dañar la honra o reputación del menor y que no se admite el consentimiento ni del menor, ni de los representantes legales sobre la materia.

En segundo lugar, debemos referirnos a la STC 197/1991, de 17 de octubre (88). Los hechos sobre los que versa la Sentencia son los siguientes:

El diario “Ya” publica unas informaciones concernientes a un menor adoptado por un conocido matrimonio, desvelando las circunstancias y situación personal de la madre biológica de un menor, dedicada a la prostitución, y relacionando la adopción con una red de tráfico ilícito de niños. Los padres adoptivos, con anterioridad, habían convocado a la prensa para relatar las circunstancias que rodeaban la adopción de su hijo, a quien, afirmaban, habían adoptado en Santo Domingo, con ocasión de un viaje allí realizado por el matrimonio.

La propia Sentencia expone que “aunque se defendía también el honor, lo que fundamentalmente estaba afectado era la tutela de la intimidad personal y familiar por haberse dado publicidad a unos hechos de la vida privada (89) que, por su contenido, pueden ser considerados además como ofensivos para una persona razonable, y que incluso, sin llegar a ser difamatorios, ofenden profundamente a los implicados en la noticia.” (90)

(85) Si los hechos no son ciertos, y refiriéndonos a la diferenciación genérica de los sentidos del término difamación, lo más probable es que la difamación se haya producido no ya en sentido amplio, sino en sentido estricto.

(86) Vide F.J. Segundo y F.J. Quinto de esta Sentencia.

(87) Téngase en cuenta lo que hemos planteado sobre los requisitos de la difamación del menor.

(88) Vide, Epígrafe VI del Anexo, donde se reflexiona sobre la STC 134/1999 de 15 de junio.

(89) El Tribunal Supremo había calificado como difamatoria (creemos que en sentido estricto) y denigrante “la afirmación de que el hijo «fue adquirido en Alicante»”; el Tribunal Constitucional, por su parte, admite que quizás tal consideración no fuera difamatoria, al no poder atribuírsele necesariamente un contenido patrimonial a la “adquisición”, como hacía el Tribunal Supremo.

(90) En la Sentencia se afirma que “la legitimidad de las intromisiones informativas en el honor y en la intimidad personal y familiar requiere (...) no sólo que la información sea veraz, requisito necesario pero no suficiente, sino que la información por la relevancia pública de su contenido se desenvuelva en el marco de interés general del asunto a que se refiere. El valor preferente del derecho a la información no significa pues, dejar vacíos de contenido a los derechos fundamentales al honor o a la intimidad de las personas afectadas por esa información, que han de sacrificarse sólo en la medida que resulte necesario para asegurar una información libre en una sociedad democrática”.

El Tribunal, al argumentar sobre la *exceptio veritatis* alegada por los demandados, explica, en primer lugar, que no se demanda sólo por intromisión en el honor sino también por intromisión en la intimidad; en segundo lugar, recalca que **uno de los demandantes es el menor**, “el más directamente afectado por la información publicada”; y finalmente, califica los hechos, “muy en particular el de la publicación de la identificación de la persona de la madre del hijo adoptado, y su particular profesión”, como “hechos que sin dificultad alguna han de entenderse como hechos relativos a la vida privada de la persona y de la familia” que por “su concreto contenido deben considerarse como ofensivos para una persona razonable, y de sensibilidad media”.

Por nuestra parte, entendemos que no sólo hubo atentado contra la intimidad, sino también contra el honor (91); en otros términos, que se produjo, desde luego, difamación en sentido amplio; es más, reiteramos que, dejando a un lado la lógica necesidad conceptual, no es determinante acudir a la distinción entre difamación en sentido amplio y estricto cuando se trata de menores (92).

A nuestro juicio, en el supuesto de hecho se dan todos los requisitos de la difamación; se publica la información por un periódico (publicidad) y en dicha información existe un enunciado indicativo o factual de hechos relativos a la persona menor y atentatorios contra su reputación. En este caso, la publicación hace referencia a un menor como víctima de una red de tráfico de niños, convirtiéndole en una mercancía; además saca a la luz que su madre biológica se dedica a la prostitución. Es evidente que los hechos suponen un ataque que, además de constituir una intromisión en la intimidad, constituye una intromisión en el honor del menor (93).

Junto a lo anterior, debe añadirse que si la Sentencia condena a los demandados, lo hace porque, con independencia de la ligereza de los padres al dar a conocer determinadas informaciones, debe prevalecer “el derecho a la intimidad del menor adoptado, y por reflejo, el de la intimidad de los padres adoptivos en relación con otras circunstancias de la adopción no reveladas”; lo anterior denota que están claramente diferenciadas la intimidad del menor y la de sus representantes legales (y por analogía,

(91) De la lectura de esta Sentencia (en especial de su F. J. Primero), se deduce que tanto en primera instancia, como en apelación, como en casación se está más cerca de entender que se ha vulnerado no únicamente la intimidad sino, también, el honor de las personas demandantes.

(92) Para ilustrar este planteamiento queremos traer a colación la STC 112/2000, de 5 de mayo de 2000, que estima vulnerado el honor de una mujer que aparece en un reportaje por ser hija del principal protagonista de la trama narrada en el reportaje, además de por haber mantenido una relación sentimental con otro de los protagonistas de los acontecimientos, sin que se desprenda de la lectura de la información pudo haber tenido la ofendida en esa supuesta trama de irregulares maniobras económicas y políticas; el reportaje en cuestión llevaba el título de “Prenhada y preñada”, y sacaba a la luz, entre otros hechos, la relación adulterina de la demandante, el nacimiento de un hijo extramatrimonial, la coincidencia del nombre del hijo con el de su padre, el no llegar a contraer matrimonio con el padre del mismo, todo en un tono hiriente.

(93) Abundando en esta idea, el ATS de 23 de noviembre de 1999 (RJ 1999\7772), no admite a trámite un recurso de casación contra sentencia dictada en apelación, confirmatoria de la anterior, que estimaba se había producido intromisión ilegítima en el derecho a la imagen e intimidad personal y familiar de la menor Beatriz Y., que aparece en el diario “El Mundo” como “una de las cientos de niñas maltratadas por sus padres”, en un artículo publicado en 1994. En 1991, se había publicado la misma fotografía de la menor, sin su consentimiento, ni el de sus representantes legales o institución u organismo público alguno, pero sin mediar oposición del personal sanitario del centro hospitalario donde se tomó aquélla. Cuando se realizó y publicó la fotografía, en 1991, todavía no se había constituido a la menor en adopción. El Auto afirma que tal información podía incluso provocar el equívoco de que los malos tratos se imputaran a los padres adoptivos. A nuestro parecer, la publicación de informaciones de este tipo, aparte de constituir un ataque a la intimidad, comportan tal degradación en la estima de la persona que debieran ser calificados como intromisiones en el honor, no sólo de los padres sino, también, de la propia menor.

el honor) y que ambas confluyen en el ámbito de reserva que se quiere para uno mismo o para su familia (ex artículo 2.2 LOH), ámbitos estos que no se identifican.

A pesar de lo anterior, en las Sentencias examinadas en las que no se aprecia de manera nítida que se haya vulnerado el honor. Ello puede obedecer a las siguientes razones:

- 1º) Al demandante le es más seguro argumentar sobre de la vulneración de la intimidad del menor que sobre de la vulneración del honor cuando se da un supuesto de difamación en sentido amplio.
- 2º) Es difícil pensar que un menor pueda ser víctima de un atentado contra su honor (pensamos en difamación en sentido estricto) por la todavía escasa responsabilidad que ocupa en la sociedad (94).
- 3º) Queremos creer que en todos aquellos casos en los que el menor aparece como víctima, la no estimación de la vulneración de su honor, pudiera responder a que los tribunales consideran que tal derecho no puede verse afectado por actos de los padres, ni de terceras personas, que aunque fueran constitutivos de delito, o no aceptados por la sociedad, nunca pueden conllevar una disminución de la estima que el menor se merece como persona. Quizás por eso, aun a pesar de que aparezcan reflejados hechos de extrema gravedad y que pudieran influir en la aceptación del menor dentro de la sociedad, como éste es simplemente sujeto pasivo del comportamiento de otras personas, y de ninguna manera responsable de aquéllos, lo más que puede verse dañado es su intimidad o la propia imagen.
- 4º) Por último, que el menor no suele ocupar papeles de relevancia en la vida pública; en general, cuando un menor es noticia no lo es con carácter individual, sino como perteneciente al colectivo de los menores; la actuación informativa de los medios de comunicación será, en general, escasa sobre personas menores identificadas con nombres y apellidos.

11. UNA CUESTIÓN COLATERAL AL DERECHO AL HONOR DEL MENOR: POSIBLES INTERPRETACIONES DE LA EXPRESIÓN “CONTRARIA A SUS INTERESES”, DE LOS APARTADOS SEGUNDO Y TERCERO DEL ARTÍCULO 4 DE LA LOPJM

A lo anterior, hemos de añadir que resulta problemática la utilización de la expresión “*contraria a sus intereses*” a que se refieren los apartados segundo y tercero del artículo 4 LOPJM, pues la actividad de los medios de comunicación está amparada por los derechos fundamentales básicos a la libertad de expresión e información, recogidos en el artículo 20. 1 a) y d) C.E., y si ya es problemática la ponderación en caso de conflicto frente a los derechos de la esfera espiritual, igualmente debe serlo cuando se pretende frente a los “intereses” de los menores.

Quizás la idea del interés pretenda ser una plasmación del límite establecido por el artículo 20.4. C.E. en su referencia a la “*protección de la juventud y de la infancia*”, y así se trata de proteger de manera genérica a los menores, por medio del control de la actividad de los medios de comunicación.

En cualquier caso, no es éste el único posible sentido que cabe atribuir a los “*intereses*” y así queremos sugerir otros posibles:

(94) Podría pretenderse incluir dentro de la aplicación del artículo 7.7 LOH supuestos en que se sufren agravios por parte de compañeros, profesores... y sería legítima la aplicación de la norma, pero entendemos que en tales casos hay que buscar otra forma de solucionar el ataque al honor.

1º.- Se identifica con garantía de los derechos de la personalidad que pudieran verse afectados.

Si esto fuera así, la norma resultaría reiterativa en la protección. Para salvar esta objeción habrá de interpretarse que honor e intimidad se protegen de manera expresa y especial, mientras que otros derechos de la esfera moral encuentran una protección implícita en la idea de los “intereses del menor”.

Bajo este mismo sentido de garantía de los derechos de la personalidad, se ha subrayado (95) que la referencia del artículo 4.3 a “*que sea contraria a sus intereses*” “piensa en hipótesis en las que existiendo objetivamente una intromisión ilícita, deja de serlo sin embargo, cuando media consentimiento del menor o de sus representantes legales” aunque no implique menoscabo de su honra o reputación.

El problema de aceptar tal postura consiste en determinar qué supuestos en los que se utilice la imagen o nombre del menor por los medios de comunicación y que no impliquen “menoscabo de su honra o reputación” son tan contrarios a sus intereses, que, incluso existiendo consentimiento válido y eficaz, se siguen considerando intromisión ilegítima.

Nosotros somos reacios a admitir que esta interpretación sea aceptable, pues si se querían proteger, más allá de la protección hasta entonces existente, el derecho a la propia imagen o el derecho al nombre, o incluso la propiedad intelectual del menor, frente a los medios de comunicación, de una manera más específica, debía haberse hecho de manera clara, buscando la seguridad jurídica que se merecen no sólo los derechos de la personalidad, sino también los menores.

2º.- Se identifica con la expresión Interés Superior del Menor:

En virtud del artículo 2 LOPJM, en la aplicación de esta Ley “*primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*”; en este sentido, debe tenerse presente que al amparo del Interés Superior del Menor no se pueden vaciar de contenido otros derechos e intereses legítimos.

Se ha sostenido que “habrá de acudir al caso concreto para determinar si la intromisión en el derecho fundamental es o no contraria a los intereses del menor, a la educación, a la formación integral, a su sustento material, al derecho a estar en compañía de sus padres, en definitiva al conjunto de derechos de nuestro ordenamiento jurídico civil y a los derechos recogidos en las convenciones internacionales (...). Pero, tampoco están así suficientemente despejadas todas las dudas al respecto y sólo una última referencia al menor y a su contexto familiar y social, permitirá integrar el concepto difuso de su interés en una única realidad” (96).

Frente a esta posición, no tenemos tan claro que la utilización del término en cuestión pretenda la protección del “derecho fundamental”; cuando la libertad de expresión o información entra en colisión

(95) Vide Gullón Ballesteros, A.: ob.cit., pag. 1692. Para entender lo propuesto por el autor, ha de considerarse, que parte de la idea, artículo 4 LOPJM, no es más una pura repetición de lo establecido en la LOH. Vide Ribera Fernández, M.: *Anotaciones a la Ley 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor*, en Revista General de Derecho-LII, núm 621, junio 1996, pág. 6505; Sabater Bayle, E.: ob.cit., pág. 3.; Leal Pérez-Olague, M.: ob.cit. pag. 1311.

(96) Pantoja García, F.: *Algunas notas y comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, Constitución y Leyes S.A.*, Madrid, 1997, pág. 12. Señala Alonso Pérez, M (*La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, de Modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Lucus y Sombras*, en A.C., 97-1, II, pág. 27) que será contraria a sus intereses la utilización de la imagen o nombre del menor “que lesione el libre desarrollo de su personalidad, en especial su personalidad ética y su dignidad como persona. Ni el consentimiento del menor ni el de sus representantes legales puede transformar en legítima la intromisión opuesta por su naturaleza o entidad a los intereses del menor (art. 4.3 in fine)”.

con un derecho fundamental, habrá que acudir a la ponderación del caso concreto para determinar cual de los dos derechos debe ceder frente al otro. Otra cosa es que el derecho a la libertad de expresión o de información pueda verse restringido por otros bienes jurídicos no de carácter fundamental (97).

Por otra parte, es dudoso que muchos de los hipotéticos intereses de los menores se puedan ver afectados de manera tan directa y relevante por “la difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación”, como para ser dignos de una tutela independiente de otros derechos como la intimidad o el honor; ahora bien, cuando esto sea así, no cabe duda de que el Ministerio Fiscal está obligado a actuar.

3º.- Se identifica con intereses patrimoniales del propio menor:

Parece que tal sentido debe rechazarse, ya que el legislador busca la protección de la persona menor en sí, y no de sus intereses económicos; ahora bien habrá ocasiones en que se entremezclen ambos aspectos: el del interés personal y patrimonial; por ejemplo, cuando se trata de la difusión no autorizada de escenas correspondientes al rodaje de una película por la que el menor cobra una suma de dinero. ¿El legislador pone a disposición del menor los Poderes Públicos para que defienda sus intereses económicos derivados de la explotación de los derechos de imagen de carácter contractual? A nuestro juicio no, otra cosa es que quepa calificar el contrato como contrario a “la ley, la moral o el orden público”, según establece el artículo 1255 C.c, y en tal caso, por haberse producido una vulneración de norma imperativas, que afecta no ya a los intereses económicos del menor, sino al ejercicio de sus derechos fundamentales, y más concretamente a su dignidad, pudiera producirse tal intervención; no cabe duda de que esto ocurrirá cuando quepa entender que se ve afectado el honor del menor y el problema será determinar si tal cosa se ha producido (98).

4º.- La expresión intereses constituye una aplicación específica del artículo 10.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH).

Quizás sea factible relacionar los intereses de los menores con lo que se establece en el artículo 10.2 CEDH pues éste permite, sobre la libertad de expresión (e información) el establecimiento de “ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad e imparcialidad del poder judicial” y como no, la libertad de

(97) Vide. En este sentido, la STC 120/1983, que declara como límite a la libertad de expresión la buena fe en su ejercicio.

(98) Rechazamos cualquier posibilidad de contratar sobre el honor, máxime si se trata del honor de un menor; la posibilidad de consentir sobre la intimidad o la propia imagen parece factible con el cumplimiento de determinadas cautelas, entre ellas, que tal disposición no implique un ataque indirecto contra aquél (art. 4.3 LOPJM), pero no creemos que se pretenda proteger al menor del incumplimiento del pago de las cantidades pactadas por una determinada concesión sobre su intimidad o propia imagen, sino que la protección contiene un carácter más personalista; se pretende proteger al menor de los daños que su personalidad pudiera sufrir. Las medidas que se adopten han de tender a proteger a la persona, no sus intereses económicos, y las reparaciones que se soliciten serán consecuencia, no del incumplimiento de un contrato válido y eficaz, sino de supuestos en que se entiende que no existe consentimiento a la intromisión por no haberse cumplido con los requisitos formales para su otorgamiento (artículo 3 LOH) o tal consentimiento no es admisible como válido.

expresión e información puede ser limitada para la defensa de los intereses de los menores siempre que la limitación sea proporcionada (99).

5º.- Se identifica con supuestos similares a los del Derecho de Rectificación:

Del tenor literal del artículo 4.2 LOPJM, cabe desprender que está pensando en supuestos similares a los del Derecho de Rectificación, es decir, que autoriza al Ministerio Fiscal a intervenir en defensa del menor cuando se trate de “información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considera inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio” (100).

En tal caso, las posibilidades de actuación del Ministerio Fiscal no se limitarán al ejercicio de la acción de rectificación en defensa del menor, sino a todas aquéllas que el derecho le otorga (101).

En esta línea de pensamiento, cabría entender que los apartados cuarto y quinto del artículo 5 LOPJM, son una plasmación específica de lo que el legislador entiende por “difusión de informaciones o (la) utilización de imágenes o nombre de los menores (...) contraria a sus intereses” (art. 4.2 LOPJM); es decir, contraria a los intereses de los menores es la “publicidad o mensajes dirigidos a menores o emitidos en la programación dirigida a éstos” que pudiera perjudicarles “moral o físicamente” (art. 5.4 LOPJM); y la “publicidad ilícita” (102) (art. 5.5 LOPJM).

Desde luego, no parece que el ejercicio de la rectificación, en la mayoría de las ocasiones, vaya a ser el cauce más idóneo para la defensa de los intereses de los menores (éstos pueden, sin duda, ocupar una mayor casuística) pero, queremos aprovechar para destacar desde un punto de vista procesal, la virtualidad preventiva del ejercicio de la acción de rectificación y desde un punto de vista material, la similitud de los supuestos de hecho regulados por la LOPJM y la LOR (103).

(99) A modo de ejemplo, la STC 62/1982, de 15 de octubre resuelve, amparándose en esta norma, un recurso de amparo por vulneración del derecho a la libertad de expresión interpuesto por el declarado culpable por un delito de escándalo público por la publicación de un libro con contenido pornográfico, incluso con fotografías de menores, y que supuestamente pretendía la educación sexual de los menores, siendo los destinatarios de la obra tanto los menores como sus padres. El TC declara que “partiendo del artículo 20.4 de la Constitución (...) y de la Ley 1/1982 (...) la pornografía no constituye para el ordenamiento jurídico vigente siempre y en todos los casos, un ataque contra la moral pública en cuanto mínimo ético acogido por el derecho, sino que, la vulneración de ese mínimo exige valorar las circunstancias concurrentes y, entre ellas, muy especialmente, tratándose de publicaciones, la forma de la publicidad y la distribución, los destinatarios –menores o no–, e incluso si las fotografías calificadas contrarias a la moral son o no de menores y el texto en la parte que se califique así trata de actuaciones o no de menores, pues no cabe duda que cuando los destinatarios son menores –aunque no lo sean exclusivamente– y cuando estos son sujetos pasivos y objeto de las fotografías y texto, el ataque a la moral pública y, por supuesto, a la debida protección a la juventud y la infancia, cobra una intensidad superior”. Vide, también, STS, Sala de los Contencioso- Administrativo, de 16 de febrero de 1988 (RJ 1988\1418).

(100) Artículo primero de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, Reguladora del Derecho de Rectificación, en adelante LOR.

(101) Vide art. 4.4 LOPJM.

(102) Según el artículo 3 a) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, la publicidad es ilícita, cuando atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer.

(103) Poniendo el acento en la posibilidad de ejercicio de la acción de rectificación en nombre del menor, hemos de destacar que, como declara la STC 1986/168, de 22 de diciembre, 1º, “el derecho de rectificación es sólo un medio de que dispone la persona aludida para prevenir o evitar el perjuicio que una determinada información pueda irrogarle en su honor o en cuales quiera otros derechos o intereses legítimos, cuando considere que los hechos lesivos mencionados en la misma no son exactos. Está legítima finalidad preventiva –que es independiente de la reparación del daño causado por la difusión de una información que se revela objetivamente inexacta– quedaría frustrada en muchos casos

Volviendo a nuestro acercamiento a lo que quepa entender por “intereses” del menor, o quizás de los menores, puede que sólo la casuística, y las resoluciones judiciales sirvan para determinar que se debe entender que es “contrario a sus intereses” cuando se trata de colisión con los medios de comunicación. Parece que la norma va a ser de difícil aplicación. Dudamos que, en la práctica, vaya a ser utilizada; sobre todo si se entiende que lo que se contrapone es el interés de un determinado menor, y no del colectivo de los menores, con los medios de comunicación. Quizás lo más lógico, o al menos lo más favorable para el menor, sea aceptar como viables todas las interpretaciones propuestas, y cualquier otra que, en última instancia favorezca la protección de la personalidad del menor frente a los medios de comunicación; es decir será aceptable cualquier interpretación que pretenda la primacía del *Interés Superior del Menor* sobre cualquier otro interés legítimo, en este caso, de los medios de comunicación, pero, sin vaciar de contenido los derechos y legítimos intereses de aquellos (los medios de comunicación).

por la demora en la rectificación pretendida (...)” (F.J. Cuarto); 2º, “el simple disentimiento del rectificante de los hechos divulgados no impide al medio de comunicación social afectado difundir libremente la información veraz, ni le obliga a declarar que la información parecida es incierta o a modificar su contenido, ni puede considerarse tampoco la inserción obligatoria de la réplica como una sanción jurídica derivada de la inexactitud de lo publicado, (...) ni siquiera limita la facultad del medio de ratificarse en la información inicialmente suministrada o, en su caso aportar y divulgar todos aquellos datos que la confirmen o avalen (...), el derecho de rectificación así entendido supone (...) un complemento a la garantía de la opinión pública libre (...), ya que el acceso a una versión disidente de los hechos publicados favorece, más que perjudica, el interés colectivo en la búsqueda y recepción de la verdad de aquel derecho fundamental protegido” (F.J. Quinto).

El derecho de rectificación viene a proteger, de una parte, el honor de su titular y, de otra, sus legítimos intereses, y que el Ministerio Fiscal pueda utilizar esta vía en defensa de los menores resulta controvertido en la medida en que si no se trata de hechos o datos cuya valoración puede ser objetivamente rebatida no cabe la utilización de este mecanismo de defensa, a no ser que o el Ministerio Fiscal contraste de oficio los hechos en cuestión o actúe a “*instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública*” (art. 4.4 LOPJM). Por otra parte, el derecho de rectificación no representa el medio más idóneo para la defensa de los derechos (intereses) de los menores, pero no restringe la posibilidad de acudir a otras actuaciones en defensa de los mismos; la rectificación que se efectúe no restringe el derecho a la libertad de información, pero sí conllevará la toma de cautelas, al menos es lo deseable, por parte del medio de comunicación social para evitar condenas por los daños y perjuicios causados debida la difusión de contenidos vulneratorios de los derechos e intereses de los menores.

ANEXO

MECANISMOS PARA EL RESPETO DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN DE LOS MENORES.

I. TRASCENDENCIA DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD E IMAGEN DE LOS MENORES

1. Estos derechos protegen determinadas facetas de la persona, sin cuyo respeto no podríamos decir que vivimos en una democracia asentada en valores como la libertad, la igualdad o la justicia

- El derecho al honor comporta que todos tenemos una consideración o estima social, de modo que no se puede dañar injustificadamente la buena fama o reputación de las personas.
- El derecho a la intimidad personal y familiar supone que el individuo tiene para sí y para su familia un ámbito de reserva que no es lícito que nadie traspase sin su autorización.
- El derecho a la propia imagen supone que cada uno puede decidir si quiere o no que se reproduzca, exponga o publique su imagen física o sonora.

2. La sociedad se muestra cada día más consciente de las especiales necesidades de los menores, y se ha preocupado de propiciar una adecuada protección de sus intereses. Hay que destacar que:

- Los menores son sujetos que todavía no tienen una personalidad plenamente formada.
- Existen reglas especiales que abordan el ejercicio y protección de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores.
- La preocupación creciente por dar respuestas a la realidad de los menores ha motivado la búsqueda de soluciones adecuadas a los interrogantes que suscitan la tutela y el ejercicio de sus derechos.
- Los menores han dejado de ser considerados como sujetos a los que simplemente se debe proteger. Favorecer el ejercicio de los derechos por los menores se ha convertido en una de las prioridades de nuestra sociedad.

- El honor, la intimidad y la imagen como derechos innatos, inherentes a la persona, deben ser ejercitados por el propio menor siempre que no le suponga un perjuicio.

II. RELACIÓN DE ESTOS DERECHOS CON LAS LIBERTADES DE INFORMACIÓN Y EXPRESIÓN

1. Tanto las libertades de expresión y de información como los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, son elementos necesarios para el funcionamiento de una sociedad democrática

- La legitimidad de las intromisiones informativas en el honor y en la intimidad personal y familiar requiere que la información sea veraz y que su contenido sea de relevancia pública o de interés general.
- El valor preferente del derecho a la información no significa dejar vacíos de contenido los derechos fundamentales al honor o a la intimidad de personas afectadas por esa información. Los afectados han de sacrificarse sólo en la medida en que resulte necesario para asegurar una información libre en una sociedad democrática.

2. Los menores, titulares de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, requieren de una especial protección

- Al amparo de la idea de que se debe evitar dañar la reputación, la intimidad o la imagen de los menores y, en general, evitarles cualquier perjuicio, se ha establecido una protección cualificada para supuestos de divulgación de informaciones o utilización de menores por los medios de comunicación.
- Es inadmisibles que, en el ejercicio de las libertades de expresión e información, se atente contra los derechos al honor, la intimidad, o la propia imagen de los menores.

3. Es necesario hacer compatibles las libertades de información y expresión con la protección del honor, intimidad y propia imagen de los menores

- Los menores no pueden quedar aislados de los medios de comunicación social a causa de una especial tutela de su honor, intimidad e imagen. Los menores forman parte de la sociedad, tienen problemas y sufren circunstancias que deben ser puestas en conocimiento de la opinión pública.
- Los menores tienen derecho a participar plenamente en la vida social, cultural, artística y recreativa de su entorno, tienen derecho a la libertad de expresión y, en definitiva, tienen derecho a ocupar un papel activo en la sociedad. Por ello, y sin lugar a dudas, se debe permitir el acceso de los menores a los medios de comunicación para el ejercicio de sus libertades, el desarrollo de su personalidad y la denuncia de aquellas situaciones injustas que les puedan afectar.
- La libertad de expresión y de información no se puede coartar bajo la idea de la defensa de los derechos de los menores. Pero tampoco se puede permitir la difusión de todo tipo de informaciones sin la toma de las cautelas pertinentes, poniendo así en peligro los derechos de los menores.

- Es evidente que existen hechos noticiables en los que se puede ver implicado algún menor; incluso puede que un menor sea el centro de la noticia. En estos casos, cuando por la naturaleza de la información y las circunstancias sea previsible un hipotético daño a su honor, intimidad o imagen, o la provocación de perjuicios al menor, se deben adoptar medidas tendentes a hacer irreconocible su imagen, excluir de la información su nombre y, en general, evitar la facilitación de datos que puedan hacer posible su identificación.
- Los menores tienen derecho a participar en concursos televisivos, debates, espectáculos o programas de entretenimiento y, en general, en cualquier actividad que desarrollen los medios de comunicación. No se debe restringir injustificadamente el derecho de los menores a una participación activa en tales medios.
- Para que se pueda producir una intromisión legítima en la intimidad o imagen del menor, será necesario el consentimiento del propio menor, si tiene suficiente juicio, o el de sus representantes legales, si no lo tiene. El consentimiento no será suficiente para legitimar la intromisión cuando se ponga en peligro la reputación o intereses del propio menor.

III. EL CONSENTIMIENTO A LA INTROMISIÓN EN EL HONOR, EN LA INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN DEL MENOR

1. Consideraciones generales previas

- Ni los representantes legales ni el propio menor pueden consentir intromisiones cuando se ve afectado el bien jurídico honor. Si se consiente la intromisión en el honor del menor, esta autorización será ineficaz.
- No se puede consentir la difusión de la imagen, el nombre o cualquier dato que pueda dar lugar a conocer la identidad del menor, si tal circunstancia es contraria a su reputación o puede dañar sus intereses. Este consentimiento será ineficaz.
- No se puede consentir la difusión de datos referentes a la intimidad de los menores, que puedan afectar a su reputación o ser contrarios a sus intereses. Este consentimiento será ineficaz.
- En algunos casos, parece válido entender que, atendiendo a las circunstancias, al propio comportamiento del menor o de sus representantes legales, la intromisión es legítima, aunque no exista consentimiento expreso. Los menores tienen derecho a participar en concursos televisivos, debates, espectáculos o programas de entretenimiento y, en general, en cualquier actividad que desarrollen los medios de comunicación. Cuando de las características del programa, la finalidad de su contenido, el tratamiento de la información, etc., sea posible desprender que no se va a perjudicar la reputación del menor, su intimidad o sus intereses, no parece que sea necesario exigir el consentimiento en los términos citados, sino que es factible entender que existe una autorización tácita a la intromisión.

2. Casos en los que presta consentimiento el propio menor

- El consentimiento a la intromisión lo deben prestar los propios menores si sus condiciones de madurez lo permiten. Parece claro que el menor emancipado puede consentir por sí mismo la intromisión de que se trate.

- El menor no tiene capacidad para consentir por sí mismo cuando es incapaz de entender en qué consisten los derechos sobre los que se pretende la autorización a la intromisión, y cuando es incapaz de imaginar las consecuencias de la misma. También se debe entender que el menor no tiene capacidad suficiente para consentir si al hacerlo pone en peligro su reputación o sus propios intereses.
- Si se ha prestado consentimiento por un menor que, en principio, tiene capacidad suficiente para hacerlo, pero la difusión de la información en cuestión puede dañar su honor o reputación, o ser contraria a sus intereses, ese consentimiento no es eficaz y no legitima la emisión de dicha información, ni exime a los responsables de la misma de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

3. Casos en los que se presta el consentimiento por los representantes legales

- Si el menor no tiene madurez suficiente para consentir por sí mismo, el consentimiento se debe prestar, mediante escrito, por sus representantes legales, que deberán dar traslado al Ministerio Fiscal. Si en el plazo de ocho días el Fiscal se opusiera, resolverá el Juez.
- Si se ha prestado consentimiento por los representantes legales, pero la difusión de la información en cuestión puede dañar su honor, su reputación o ser contraria a sus intereses, ese consentimiento no es eficaz y no legitima la emisión de dicha información, ni exime a los responsables de la misma de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.
- En los casos en que la utilización de la imagen de un menor de edad no emancipado se realice en el marco de una relación contractual en la que se obliga al menor a la realización de prestaciones personales, como por ejemplo, interpretar un papel en el teatro, en una obra cinematográfica, en un anuncio de televisión, no es suficiente el previo consentimiento del propio menor, aun cuando tuviere suficiente juicio, y se requiere que los titulares de la patria potestad otorguen su consentimiento.

IV. APROXIMACIÓN INDIVIDUALIZADA A LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN DEL MENOR. MEDIDAS PARA EVITAR LA CONCULCACIÓN DE ESTOS DERECHOS

1. El honor del menor

- La regla general es que no se puede, bajo ningún concepto, atentar contra la reputación del menor.
- Si la información es veraz y su contenido de relevancia pública, el medio de comunicación está legitimado para comunicarla, pero se debe evitar la utilización de la imagen o nombre de los menores cuando, por la naturaleza de la información, se pueda provocar un menoscabo de su honra o reputación.
- Nadie está legitimado para vincular una noticia al nombre o imagen del menor cuando su fama o reputación está en peligro.
- No está permitida, aunque exista consentimiento del propio menor o de sus representantes legales, la actividad comunicativa que signifique un daño a la honra, reputación o buena fama; en definitiva, que signifique un atentado contra el honor del menor.

- La reputación del menor se puede dañar con la difusión de hechos falsos, manifestando opiniones que suponen un atentado contra aquélla, pero también, desvelando datos que pertenecen a la intimidad de la persona.
- Cuando un menor está imputado por la comisión de un delito, la publicidad del proceso es restringida a fin de proteger la intimidad e imagen del menor y de su familia. El Juez podrá acordar que las sesiones no sean públicas y, en ningún caso, se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor de edad ni datos que permitan su identificación.
- Ejemplos que vulneran el honor del menor (104):
 - Utilización de lenguaje o expresiones despectivas respecto a los menores: insultos, juicios negativos sobre su apariencia física o sus capacidades intelectivas.
 - Imputarles la comisión de actos que, por su naturaleza, pudieran ser constitutivos de delito: hacerles culpables de agresiones sexuales, de robos o hurtos, de violencia en cosas o sobre personas, etc.
 - Imputarles la comisión de actos reprochables socialmente: consumo de drogas, adicciones, promiscuidad, inasistencia a clase, etc.
 - Atribuirles trastornos de la personalidad o enfermedades que no padecen: esquizofrenia, VIH, etc.
 - Colocarles en la posición de víctima de determinados delitos: agresiones sexuales, de malos tratos, de abandono, etc.

SE RECOMIENDA:

- Que si la información es controvertida y puede afectar a los derechos de los menores, en especial a su reputación, se tomen medidas adecuadas para impedir que éstos puedan ser reconocidos (evitar la inclusión de datos en la noticia que puedan hacer que el menor sea identificado).
- Que el tratamiento informativo en estos casos sea lo más respetuoso posible.
- No realizar juicios de valor gratuitos acerca del menor y sus circunstancias.
- En caso de haberse extralimitado en el ejercicio de la libertad de expresión o información, rectificar cuanto antes.

2. La intimidad del menor

- La regla general es que nadie está legitimado para entrometerse en la intimidad del menor sin el pertinente consentimiento.
- Si la información es veraz y su contenido de relevancia pública, el medio de comunicación está legitimado para comunicarla, pero se debe evitar la utilización de la imagen o nombre de los

(104) En estos casos, aunque no siempre, es posible que la vinculación de la información a la imagen o nombre de los menores comporte un atentado contra su honra o reputación.

menores cuando, por la naturaleza de la información, se pueda provocar un atentado contra la intimidad.

- Se puede consentir a la intromisión en la intimidad por el propio menor o por sus representantes legales pero esta autorización no legitima que por medio de la actividad comunicativa se pueda dañar la honra o reputación del menor.
- Se debe respetar su intimidad, a menos que la revelación de datos que pertenecen a la esfera privada pueda demostrarse de interés público. En los casos de desaparición de menores, a priori, parece lógico entender que la publicación de la imagen, del nombre, de datos físicos e incluso, psíquicos, y, en general, de cualquier información relevante referente al entorno o comportamiento del menor y que pueda ayudar a determinar el paradero del menor, debe ser considerada lícita. No obstante, es aconsejable obtener el consentimiento de los representantes legales a fin lograr la máxima protección del menor y evitar conflictos legales.
- En ocasiones se dan a conocer circunstancias, acontecimientos o hechos relativos a personajes públicos y, en el relato de tales hechos, se difunde información o se realizan juicios de valor que pudieran afectar a la intimidad u honor tanto del personaje público como de los menores que con ellos se relacionan. En el ejercicio de la libertad de comunicación se deben evitar alusiones innecesarias a menores, incluso en el caso de que los representantes legales hayan consentido acerca de su propia intimidad. Su actuación no legitima para atentar contra el honor, la intimidad y la imagen de los menores a su cargo.
- Ejemplos de vulneración de la intimidad (105):
 - Desvelar circunstancias que se refieran a la adopción de menores.
 - Discutir acerca de si se cumple el régimen de visitas por los padres separados o divorciados, o sobre de las relaciones con otras personas.
 - Debatir sobre la diligencia en el ejercicio de las funciones inherentes a la patria potestad.
 - Desvelar datos sensibles, como padecer determinadas enfermedades, haber sido víctima de una agresión sexual, o haber estado internado en un centro de menores.
 - Desvelar el contenido de un diario o de una carta escrita por un menor.

SE RECOMIENDA:

- Solicitar el consentimiento a la difusión de aspectos relativos a la intimidad del menor.
- Tratar adecuadamente la información a fin de evitar daños a los menores.
- En caso de duda sobre los efectos de la actividad informativa en la esfera del menor, aunque se haya obtenido el pertinente consentimiento, evitar vincular la imagen de los menores a la actividad comunicativa.

(105) En todos estos casos, si el tratamiento informativo no está justificado o se extralimita, se puede producir una intromisión en la intimidad e incluso en el honor del menor. Debe recordarse que para poder acceder a la intimidad de las personas, es necesario que exista consentimiento, pero si lo que se desvela atenta contra la buena fama o reputación del menor, ese consentimiento es ineficaz.

- No referir aspectos de la vida privada de los personajes públicos en que, salvo justificada oportunidad informativa, se desvelen datos pertenecientes a la intimidad de los menores.
- En caso de haberse extralimitado en el ejercicio de la libertad de expresión rectificar cuanto antes.

3. La imagen del menor

- La regla general es que no se puede reproducir la imagen de los menores sin el pertinente consentimiento.
- Si la información es veraz y su contenido es de relevancia pública, el medio de comunicación está legitimado para comunicarla; pero se debe evitar la utilización de la imagen o nombre de los menores, pues podría significar además de una vulneración del derecho a la propia imagen, una vulneración de su intimidad o de su reputación.
- Que la difusión informativa no entrañe riesgo para la reputación del menor no significa que se pueda difundir libremente la imagen o nombre de los mismos.
- Se puede difundir la imagen de los menores si se cuenta con el correspondiente consentimiento; no obstante, aún contando con el consentimiento, si la difusión de la imagen puede suponer daño para la reputación o intereses del propio menor, la intromisión será considerada ilegítima.
- No se pueden publicar imágenes de menores en lugares públicos, salvo que la reproducción de su imagen aparezca como meramente casual o accesoria de otra información principal.
- No parece que exista problema en emitir la imagen de menores que aparecen como público, o participan en los programas de televisión, pues dadas las características de los mismos, se debe entender que existe una autorización tácita (también puede ser expresa) del propio menor, o de sus representantes legales, a que su imagen (o incluso, algún dato personal de relativa importancia) sea difundida por los medios de comunicación.
- Si se quieren captar y/o publicar imágenes de menores en lugares públicos o privados, es necesario el consentimiento del propio menor, o en su caso, de los representantes legales. Si no se cuenta con dicho consentimiento, la intromisión será ilegítima.
- En ocasiones, los medios de comunicación proceden a reproducir la imagen de personajes de relevancia social acompañados de sus hijos en lugares públicos; estas imágenes se difunden posteriormente. En estos casos, la cuestión es controvertida. Salvo que haya una expresa oposición de aquéllos o del propio menor, podríamos entender que es legítima su publicación (por consentimiento tácito). No obstante, recomendamos que se adopten los medios necesarios para hacer irreconocible la imagen de los menores.
- La difusión de imágenes (o nombre) de los menores, que a priori sería inadmisibles, puede ser lícita si se tiene en cuenta que los niños o sus representantes legales tienen derecho a acceder a los medios de comunicación para denunciar las situaciones injustas que padecen:
 - En estos casos, una vez determinado que es admisible la actividad informativa en cuestión, se recomienda ser extremadamente cuidadoso con el modo de plasmar la información y las imágenes del menor a fin de evitarle cualquier perjuicio.

- Es evidente que se deberá cumplimentar el consentimiento a la intromisión en los términos antes referidos.
 - Podrían incluirse en este ámbito los documentales, reportajes, entrevistas a menores o a sus representantes legales en los que se pretende denunciar las penosas condiciones de vida por las que pasan los menores y sus familias, la realidad de los niños que sufren enfermedades crónicas o enfermedades terminales, o situaciones análogas.
- Ejemplos de vulneración del derecho a la propia imagen:
- La utilización no autorizada de la imagen de un menor para una campaña publicitaria.
 - La reproducción de la imagen de un menor cuando la autorización a la utilización de la imagen se había otorgado para un supuesto distinto o se produjo mucho tiempo antes.
 - La difusión de la imagen de menores por agencias publicitarias sin que se haya consentido.
 - Emitir por televisión la intervención quirúrgica a un menor.

SE RECOMIENDA:

- No vincular la imagen (ni el nombre u otros datos) de los menores a supuestos de actividad informativa en que se pudiera ver dañada la reputación del menor.
- En caso de que en la difusión de una imagen que aparece como accesoria de otra, pueda perjudicar al menor, se recomienda su no publicación o la distorsión de aquellos elementos de la misma que puedan hacerle reconocible.
- Solicitar siempre el consentimiento a la intromisión por parte del propio menor, o en su caso, por parte del representante legal.
- Si se tienen el consentimiento para la captación y difusión de la imagen del menor y se observa que se le puede causar un perjuicio, se recomienda emplear los medios adecuados para hacerle irreconocible.

V. REGLAS QUE NO SE DEBEN OLVIDAR SI SE QUIERE RESPETAR LOS DERECHOS AL HONOR, LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN DE LOS MENORES

1. Los padres, los medios de comunicación, los poderes públicos y la sociedad en general, deben tener presente en todas sus actuaciones el deber de respeto del honor, la intimidad y la imagen del menor.
2. Toda actividad de los medios de comunicación, ya sea con la finalidad de formar, informar, entretener o dar publicidad de algún evento o producto, debe respetar el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen de los menores.
3. El consentimiento de los menores, o de sus representantes legales, no legitima cualquier actividad de los medios de comunicación. Si la difusión de la imagen o nombre de los menores implica menoscabo de su honra o reputación, el consentimiento no exime de responsabilidad.

4. Se debe evitar toda intromisión no justificada desde el punto de vista del interés informativo, así como todo juicio de valor innecesario acerca de las circunstancias y sentimientos que acompañan a los menores.
5. Nunca se debe vincular la imagen, el nombre o datos que puedan llevar a la identificación del menor con noticias que puedan dañar su honra, reputación o intereses.
6. No se deben facilitar datos pertenecientes a la intimidad del menor, ni datos que puedan lesionar su dignidad.
7. Se debe evitar la utilización de lenguaje o expresiones despectivas hacia los menores.
8. En caso de haberse extralimitado en el ejercicio de las libertades de expresión y de información, se recomienda rectificar cuanto antes y del mismo modo en que se difundió la información o se emitieron las opiniones perjudiciales para el menor.

VI. APROXIMACIÓN JURISPRUDENCIAL AL HONOR, LA INTIMIDAD E IMAGEN DE LOS MENORES (CASOS CONCRETOS)

Pretendemos acercarnos a casos de la vida judicial de nuestro país a los efectos de plasmar en supuestos reales la necesidad de respeto del honor, la intimidad e imagen de los menores.

Cada caso es distinto, cada supuesto tiene unas circunstancias concretas que determinarán la resolución del juez a favor o en contra de declarar que se ha producido una intromisión ilegítima en el honor, intimidad o imagen del menor. Por eso, sirvan las consideraciones que se hacen como reflexión genérica, a fin de otorgar pautas para evitar que los derechos de los menores sean vulnerados.

- La Sentencia de la AP de Vizcaya, de 2 de enero de 2001, condena por intromisión ilegítima en el honor, intimidad e imagen a un medio de comunicación, como consecuencia de la publicación de la imagen de una mujer con su hijo el día de su nacimiento, al hilo de una información sobre el SIDA. La actora no había autorizado la publicación de la imagen en ese reportaje, sino con motivo de que el nacimiento de su hijo fue el primero del año en la Comunidad Autónoma. La aparición de la imagen de estas personas en dicho reportaje supondría que los espectadores vinculasen a estas personas con el padecimiento de la enfermedad.

Reflexión sobre esta Sentencia

La libertad de expresión e información no otorga a los medios de comunicación el derecho de hacer lo que les plazca con las imágenes de archivo que poseen, utilizándolas a su libre albedrío, sin tener en cuenta con qué finalidad otorgaron el consentimiento quienes autorizaron la intromisión, ni si va a provocarles un perjuicio.

- La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 134/1999, de 15 de julio, declara que existe intromisión ilegítima en la intimidad de unos menores adoptados por personajes públicos, como consecuencia de la publicación en un periódico de unas declaraciones de la madre natural de los hijos adoptivos de unos famosos, unida a un fotomontaje de los padres adoptantes con sus hijos, y datos de los menores fotocopiados de la correspondiente hoja del libro de familia. Ni los personajes públicos, por el hecho de serlo, ni menos sus familiares deben ver sacrificado ilimitadamente su derecho a la intimidad. La filiación, y muy particularmente el origen del adoptado, for-

man parte de ese ámbito propio y de reserva de lo íntimo. Si bien los padres de los menores adoptados no ejercieron correctamente las funciones inherentes a la patria potestad para proteger la intimidad personal y familiar de sus hijos, esta circunstancia no impide que sea ilegítima la difusión de información perteneciente al ámbito de la intimidad personal y familiar

Reflexión sobre esta Sentencia

Nos preguntamos qué necesidad existe de desvelar los padecimientos de los hijos de los personajes famosos, cuando no existe verdaderamente un interés informativo que lo justifique, más allá de la curiosidad malsana y el morbo por el sufrimiento ajeno. Ciertamente es que son los padres quienes, con su comportamiento, configuran el ámbito de reserva que quieren para sí y para su familia, pero no debemos olvidar que los hijos de los personajes famosos no tienen la culpa de serlo, y nadie (empezando por sus padres) tiene derecho a vulnerar su honor, su intimidad o su imagen. Los medios de comunicación, quizás, deberían replantearse el tratamiento que otorgan a los hijos de determinados personajes públicos por mucho que éstos hayan decidido hacer de contar su vida un negocio.

- La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 11 de marzo de 1999, declaró la vulneración de la intimidad e imagen de una menor, como consecuencia de la emisión en un programa de televisión de un reportaje en el que se planteaba la venta de dicha menor, traída del extranjero, a un matrimonio español.

En este caso, no se había puesto en conocimiento del Ministerio Fiscal el consentimiento a la intromisión otorgado por los representantes legales de la menor. De hecho, la madre biológica había otorgado el consentimiento, pero no tenía su representación legal, dado que la tutela de la menor había sido asumida de manera automática por la Junta de Castilla y León.

La noticia suministrada era veraz y tenía relevancia pública, pero en el programa de televisión se introducen imágenes, que no tienen carácter propiamente accesorio, de una menor de 2 años de edad totalmente desprotegida. La opinión pública habría recibido igualmente información veraz sin necesidad de traer al programa a la menor desprotegida. En cada caso, el problema está en identificar los límites que debe soportar el derecho a la intimidad cuando pueda existir un interés público que legitime el conocimiento de determinados hechos. Que la imagen de la menor se hubiera reproducido en otros medios de comunicación, no legitima la actividad de los demandados.

Reflexión sobre esta Sentencia

Dado que la información sobre la que versaba la noticia (venta de una menor extranjera a un matrimonio español) es susceptible de dañar su honra o reputación aunque hubiera existido consentimiento a la reproducción de la imagen de la menor, su emisión hubiera producido un daño que luego se tendría que reparar.

- La Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia de 10 de noviembre de 1998, condena a una cadena de televisión, como consecuencia de la publicación de la noticia del abandono de un bebé a las puertas de un centro hospitalario. Aun siendo la información veraz y de relevancia pública, no existía necesidad de emitir la imagen del bebé, ni de mencionar aspectos referidos a su estado de salud y nutrición, menos aún, cuando no existía posibilidad alguna de prestar su con-

sentimiento ni la entidad demandada buscó ese consentimiento de las instituciones o entidades que pudieran legalmente prestarlo. La información tenía como límite la protección a la infancia.

Reflexión sobre esta Sentencia

El respeto a la infancia, a la dignidad de las personas, especialmente el respeto hacia aquellos que no tienen posibilidad de defender sus intereses por sí mismos, debe ser una de las pautas de actuación de los medios de comunicación. La información sobre el bebé habría sido legítimamente facilitada si no se hubiera vinculado a su imagen.

- La Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia de 23 de mayo de 1997 condena a los demandados por intromisión en la intimidad e imagen de un menor, en base a la divulgación innecesaria en un reportaje televisivo de datos familiares de un menor, en relación con el hecho noticioso, y exhibición de su imagen, efectuando declaraciones junto a su madre (106).

El menor, acogido por la Comunidad, había sido objeto de agresión y apuñalado días antes y, en el hospital donde estaba ingresado, relató los hechos causantes de las heridas provocadas por otros menores acogidos, y reveló datos de su vida familiar. El menor, estimulado por el presentador, dijo que su madre le pegaba, que se fugó de casa y que por eso fue llevado a un centro de acogida. La madre, interrogada por el mismo presentador, relata que su hijo es muy agresivo, que la pegaba, que vendía pañuelos en la calle, etc. En definitiva, se desvelan datos que pertenecen a la esfera familiar y privada, con un resultado evidentemente negativo para el menor, cuya imagen en la pantalla queda asociada a ese conjunto de circunstancias que influyen de manera desfavorable a quien está afectado por ellas. Se ha cometido infracción por aparecer asociados la imagen del niño y ese conjunto de datos familiares, dañinos para la reputación del sujeto. De cualquier modo, estos datos pudieron no vincularse a un conocimiento de la persona mediante cualquier montaje o sistema de ocultación.

En este caso, no existe consentimiento válido, pues aunque el menor tiene 14 años, la situación en la que se encontraba no le legitimaba para otorgar un consentimiento válido. Si, además de dar cuenta de la noticia, los reporteros pretendían sacar en la pantalla el rostro y publicar acontecimientos de su vida privada, tenían que haber obtenido consentimiento por escrito de los representantes legales y habérselo comunicado al Ministerio Fiscal, para darle a éste la oportunidad de oponerse y, en tal caso, resolver el Juez.

Reflexión sobre esta Sentencia

La actitud poco diligente de la madre, permitiendo la publicación de la imagen del menor, revelando datos que pertenecen a la intimidad familiar y permitiendo que el menor hiciera declaraciones que podían suponer un perjuicio para su honor e intimidad, no sirve para exonerar al medio de comunicación de responsabilidad.

(106) Aunque se demanda por la vulneración de la intimidad e imagen, los datos que se revelan suponen, a nuestro juicio un daño a la reputación del mismo. Por STS de 26 de Marzo de 2003 se admite el recurso de casación interpuesto por la parte demandada y se revoca el fallo de la Sentencia que comentamos; sin embargo hemos preferido referir la Sentencia de la Audiencia Provincial, y no la del Tribunal Supremo, por entender que los criterios de aquella se ajustan mejor a los criterios establecidos por la LOPJM (los hechos que dan origen a la demanda se remontan al año 1993, fecha en la que no estaba vigente dicha norma).

- La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1992 condena a una publicación educativa, sin finalidad crematística o económica, por entender que se había producido una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de un menor. En el ejemplar se publica la fotografía de un menor en el momento en que iba a recibir un tratamiento de diálisis; la fotografía había sido obtenida y publicada sin el consentimiento de sus representantes legales. La imagen no tenía ninguna relación con la información escrita, ni interés cultural suficiente para justificar la intromisión en la imagen del menor. (Vid. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 816/1996, de 7 de octubre RJ1996\7058).

Reflexión sobre esta Sentencia

Aunque el motivo de la publicación no sea la obtención de un beneficio, sino, simplemente, facilitar una “información educativa” o de interés cultural, ello no legitima que se pueda producir una intromisión no justificada en la imagen o intimidad. Si hubiera existido cierta relación entre el hecho noticable y la imagen del menor, quizás sí que podría haber aparecido dicha imagen con carácter accesorio a la información principal. En ningún caso será admisible la reproducción de la imagen o la facilitación de datos del menor cuando se ponga en peligro su reputación o intereses.

VII. CONCLUSIONES SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN DE LOS MENORES

A la luz de las consideraciones hechas sobre la protección de los derechos al honor, la intimidad e imagen de los menores, y teniendo en cuenta la jurisprudencia sobre la materia, nos resulta oportuno establecer las siguientes conclusiones:

1. Todas las personas tienen derecho al honor, la intimidad y a la propia imagen. Los menores, por sus circunstancias especiales, requieren de reglas particulares que garanticen la protección y disfrute de estos derechos.
2. Los medios de comunicación tienen todo el derecho a comunicar libremente información veraz y de relevancia pública en la que puede ser centro o parte de la noticia algún menor de edad, pero ello no les legitima a utilizar la imagen o nombre de los menores cuando, por la naturaleza de la información, se les pueda provocar un menoscabo en su reputación, vulnerar su intimidad o dañar sus intereses. Se debe buscar el equilibrio entre la libertad de expresión e información y el respeto a los derechos de los menores. En definitiva, si la información que se va a difundir pone en peligro la reputación o intereses del menor, se deben tomar medidas adecuadas para la distorsión de su imagen (a veces será apropiado distorsionar la voz) y no facilitar datos que permitan la identificación de esa persona.
3. Los menores tienen derecho a participar en los medios de comunicación y no debe restringirse injustificadamente su acceso a tales medios. Se debe permitir el acceso a los menores a los medios de comunicación, pero ello no puede suponer la provocación de perjuicios innecesarios para el propio menor. Existen casos en que el consentimiento a la intromisión no es necesario y se entiende otorgado tácitamente o irrelevante cuando, de acuerdo con los usos sociales, la emisión de la imagen o ciertos datos del menor se considera inocua.
4. Si se pretende proceder a la difusión de la imagen, el nombre o datos pertenecientes a la intimidad del menor, éstos no deben poner en peligro su reputación o intereses. Como regla gene-

ral hay que cumplir con los requisitos que la ley establece respecto a la obtención del consentimiento para la intromisión en la intimidad y/o imagen del menor. Ésta es una buena medida a fin de evitar que la intromisión de los medios de comunicación pueda ser considerada como ilegítima. En caso de poner en peligro la reputación del menor, o que se vean negativamente afectados sus intereses, el consentimiento no es suficiente para legitimar la intromisión y eludir, en su caso, la indemnización impuesta a consecuencia de la intromisión ilegítima.

5. Los menores son sujetos distintos de quienes puedan ser sus representantes legales. Lo que éstos hagan respecto de su honor, intimidad o imagen, no legitima determinadas intromisiones en la esfera espiritual de los menores. Se debe optar por una posición respetuosa frente a los hijos de personas de relevancia pública, evitando cualquier juicio de valor que pueda afectar a la reputación de estos menores, y tratar de apartarlos de la denominada prensa rosa. Si bien es cierto que los padres tienen mucho que decir acerca de la configuración de los derechos al honor, intimidad e imagen propios y de su familia, no menos cierto es que sus hijos se ven, en no pocas ocasiones, indefensos ante el acoso de los medios de comunicación. Se debe evitar toda intromisión no justificada, desde el punto de vista del interés informativo, así como todo juicio de valor innecesario acerca de las circunstancias y sentimientos del propio menor.
6. El consentimiento a la intromisión por los representantes legales o por el propio menor, otorgado para un determinado supuesto de hecho y unas circunstancias concretas, no legitima la utilización posterior con finalidades distintas de las imágenes de archivo que el medio de comunicación posee.
7. En caso de haberse extralimitado en el ejercicio de las libertades de expresión y de información, se debe rectificar cuanto antes y del mismo modo en que se difundió la información o se emitieron las opiniones perjudiciales para el menor.

