

UNIVERSIDAD DE ALMERÍA

FACULTAD DE DERECHO

Grado en Derecho.



**UNIVERSIDAD
DE ALMERÍA**

**“Protección de los Derechos de la Personalidad
de los menores frente a las Libertades de
Expresión e Información”**

Trabajo Final de Grado

Autor/a:

M^a Del Mar Castro Egea

Tutor/a:

Dra. Alba Paños Pérez

Almería, 2017

“Sostengo que cuanto más indefensa es una criatura, más derechos tiene a ser protegida por el hombre contra la crueldad del hombre.”

Mahatma Gandhi

“Los derechos de cada individuo disminuyen cuando los derechos de uno solo se ven amenazados.”

Judith Butler

Resumen

En este trabajo nos centraremos en los Derechos de la personalidad de los menores, es decir, el Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, como límite a las libertades de expresión e información. Para ello, en primer lugar, poniéndonos en contexto, haremos un análisis de los Derechos de la personalidad de los menores, atendiendo a la capacidad que estos tienen para el ejercicio de los mismos.

Por otro lado, centrándonos ya un poco más en la temática específica del trabajo, introduciremos el conflicto que nos atañe haciendo una referencia global al choque entre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen con las libertades fundamentales de expresión e información; y más concretamente nos dirigiremos a este conflicto cuando entra en juego la persona del menor.

Como último bloque del trabajo nos referiremos a la protección del menor en y frente a los medios de comunicación y más específicamente en Internet y en las Redes Sociales.

Palabras clave:

Menores, derechos de personalidad, libertades de expresión e información, medios de comunicación e Internet.

Abstract

In this work we will focus on the under-age personality rights, that is to say, the honor right, the privacy and own image; in relation with expression and information liberties. For this, first, to put ourselves in context, we will do an analysis of under-age personality rights, attending to the capacity that the under-ages have to the practice of the ones.

On the other hand, centering in the specific subject-matter, we will to introduce the conflict that concern us doing a global reference about the collision between the honor right, the privacy and own image with the expression and information liberties; and specifically we will lead to this conflict when it collide with the under-age person.

As the last block of the work we will refer to the under-age protection in and front of the mass media and specifically in Internet and Social Networks.

Keywords:

Under-ages, personality laws, expression and information liberties, mass media and internet.

Índice.

Introducción.....	7
Marco Teórico.....	10
I. Cuestiones preliminares.....	10
A. Conceptualización de los derechos de la personalidad.....	10
1. Derecho al honor.....	10
2. Derecho a la intimidad personal y familiar.....	11
3. Derecho a la propia imagen.....	12
B. Delimitación de las libertades de expresión e información.....	13
1. Libertad de información.....	13
2. Libertad de expresión.....	13
C. Concepto de “menor de edad” en nuestro ordenamiento jurídico.....	14
II. Personalidad y derechos de la personalidad del menor.....	15
A. Menor de edad en relación con los Derechos de Personalidad.....	16
B. Titularidad de los derechos de la personalidad del menor.....	17
1. El nasciturus en relación a la titularidad de derechos de personalidad.....	17
2. La memoria del fallecido como objeto titular de derechos de personalidad.....	18
III. Capacidad del menor para el ejercicio de los derechos de personalidad.....	19
A. Cuestión general sobre el ejercicio de los derechos de la personalidad por el menor.....	20
B. Autonomía de la voluntad del menor para el ejercicio de los derechos de la personalidad. El consentimiento prestado.....	22
1. La autonomía de la voluntad del menor en el ejercicio del derecho al honor.....	23
2. La autonomía de la voluntad del menor en el ejercicio de los derechos a la intimidad y la propia imagen.....	23
IV. Conflicto entre el derecho al honor, a la intimidad y la propia imagen y las libertades de expresión e información.....	24

A.	El tratamiento del conflicto mediante los juicios de ponderación....	25
B.	Colisión de los derechos de la personalidad y las libertades de expresión e información en sentido abstracto y concreto.....	26
1.	Plano general del conflicto: prevalencia de las libertades de expresión e información.....	26
2.	Plano individualizado del conflicto: una balanza de intereses.....	27
C.	Posición especial del menor en el conflicto.....	28
V.	Principio del Superior Interés del Menor como rector en el conflicto entre Libertades de Expresión e Información y Derechos de la Personalidad.....	30
A.	Delimitación conceptual del Principio Superior del Interés del Menor.....	30
B.	Encuadramiento normativo del principio de interés del menor en nuestro ordenamiento jurídico.....	31
C.	El tratamiento del interés superior del menor por la jurisprudencia...33	
1.	El principio del interés del menor en el derecho de familias: el <i>favor filii</i>	33
2.	El principio del interés del menor en relación con la salvaguarda de sus derechos de la personalidad.....	35
VI.	Protección de los menores de edad en y frente a los medios de comunicación.....	36
A.	Cuestiones Preliminares.....	36
B.	La especial situación del menor delincuente.....	37
C.	Especial mención al derecho a la imagen del menor.....	39
D.	La defensa del menor frente a los medios de comunicación, una perspectiva educativa.....	41
E.	Responsabilidad civil por atentar contra los derechos de la personalidad del menor.....	42
VII.	Protección del honor, la intimidad y la imagen del menor de edad en Internet y Redes Sociales.....	44
A.	La privacidad en internet.....	46

1. El papel de la madurez del menor con respecto a su privacidad en Internet.....	47
B. El papel protagonista de las Redes Sociales.....	48
1. La autorregulación de las Redes Sociales.....	49
2. Problemas que conlleva el uso de las Redes Sociales.....	50
Conclusiones finales.....	52
Bibliografía.....	55
Índice Jurisprudencial.....	58

Introducción

La protección del menor es, en todas sus versiones, un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, considero que la protección de los derechos de la personalidad de los menores es algo que hoy por hoy merece de una gran atención.

Hablamos de una vertiente muy específica de nuestro derecho que no debería mostrar flaqueza alguna, pues cada vez es más fácil atentar contra estos derechos que se ven más y más vulnerados con el avance de las nuevas tecnologías y sobre todo de los medios de comunicación y las redes sociales. Mi interés por realizar este trabajo de investigación es muy conciso: Dilucidar a la vez que entender por qué, aunque sabemos el conflicto que genera, se permite una violación de tal índole a los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen de los más pequeños cuando entran en juego las libertades de información y expresión.

No es necesario indagar en exceso para comprobar que este tema del que voy a hablar, está a la orden del día; no hay más que encender el televisor y observamos cómo no es difícil que se hable de la figura de un menor, o abrir una red social y ver como aparecen imágenes de menores que, a veces, hasta son proporcionadas por los mismos padres; lo que me motiva para hablar aún con más interés sobre ello, pues no somos conscientes del daño que estas acciones, las que considero irresponsables, pueden causar a un menor, el cual, en la mayoría de ocasiones tiene una indefensión absoluta ante estas circunstancias.

Realmente nos encontramos ante un conflicto, que a mi parecer, es muy relevante. No es poca la doctrina y la jurisprudencia que habla sobre esta problemática, que en escasas ocasiones consiguen una opinión unánime y concisa. Ello radica en que en esta materia, que no es otra que la referida a los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, las confusiones son constantes y continuas, debido a que no hay un concepto común de estos derechos de personalidad al ser conceptos muy subjetivos que adquieren sentidos muy diferentes según el sujeto que los ejerce. Así pues se han dado múltiples casos de confusión, a modo de ejemplo, de los derechos de honor y derecho a la intimidad¹, que parten del deficiente desarrollo terminológico que se emplea en la Ley 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; en este sentido caben destacar la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que reconoce que estos tres derechos tienen caracteres coincidentes pero que son bienes jurídicos distintos y por consiguiente gozan de una protección diferenciada.

Si a todo este batiburrillo terminológico, que como vemos queda lejos de la claridad, añadimos la entrada en conflicto de estos derechos “abstractos” con las libertades de expresión e información, que tan arraigadas están en la sociedad a día de hoy y que cuentan con medios capaces de hacernos llegar cualquier dato prácticamente

¹ Objeto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2004, en la que una cantante demanda a una revista que publicó que estaba gravemente enferma, invocándose su derecho al honor y no a la intimidad.

al instante, facilitando que esta se haga viral en un tiempo casi inmediato, y que también tienen un valor en cierto modo subjetivo e indeterminado, obtenemos el grado de complejidad de la materia que tratamos y todo ello sin olvidarnos del objeto troncal del trabajo, los menores, cuyo interés debe prevalecer por encima de todo; delimitamos como resultado la problemática a la que nos enfrentamos, que cada vez se hace más presente en nuestra sociedad y por tanto, más necesario se hace su escrutinio.

Reiterando lo que vengo diciendo, observamos que el conflicto es muy persistente y viene desde el inicio de la sociedad moderna, en la que, formalmente, a partir de la Revolución Francesa de 1789 ya se reconocían los derechos de la personalidad a todo ser humano en la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano con el reconocimiento de la libertad de las personas, que tienen derecho sobre su propio cuerpo, y así lo reiteró la ONU en la declaración francesa en 1948, reconociendo la libertad junto con los demás derechos subjetivos². Sin embargo, a pesar de que son derechos que como vemos tienen un largo historial, están muy poco estudiados y desarrollados por la ciencia jurídica moderna, lo que hace que estén actualmente en pleno proceso de formación.

Estas leyes únicamente establecen una protección a los derechos recogidos, pues estos derechos se le reconocen a todo ser humano desde el momento en el que nace y hasta que muere, conforme a lo dispuesto en los artículos 29, 30 y 32 del Código Civil, son derechos inherentes a la figura del ser humano y cuya protección debe hacerse efectiva desde su nacimiento³. Sin embargo, cuando el ser humano se encuentra en minoría de edad esa tutela se vuelve más delicada y a la vez dificultosa, pues entran en juego otros factores como la tutela legítima de los padres sobre los hijos o de los tutores legales, la suficiencia o no del consentimiento del menor o la capacidad de ejercicio de estos derechos por los mismos. No obstante es un derecho que viene reconocido de forma especial para los menores que por tanto, con más rigurosidad si cabe, jamás debe atentarse contra ellos⁴.

Desde los inicios del reconocimiento de los derechos de personalidad, se engloba dentro de las libertades del hombre tanto los derechos del ser humano sobre su propio cuerpo como el resto de libertades subjetivas, entre las que también hayamos las libertades de expresión e información; estas libertades a pesar de su extenso desarrollo histórico, también se consideran actualmente en formación puesto que, no es equitativo comparar la información o expresión que se aportaba un siglo atrás a la que hoy puede

² Artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948: *"Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques."*

³ ALBADALEJO, M, Derecho Civil, "Introducción y Parte general", vol. 1º, *Introducción y Derecho de la Persona*, Barcelona, 14º ed., Ed. Bosch, 1996 pág. 211; O'CALLAGHAN, X, *Compendio de Derecho Civil I*, Edersa, 1997, pág. 232.

⁴ Artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del niño: *"1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques."*

darse. Estas libertades van de la mano con el desarrollo tecnológico, y la información que antaño se redactaba y tardaba días en llegar al público de a pie (y no a todos), hoy en cuestión de segundos puede hacerse viral con las nuevas tecnologías, pudiendo atentar de manera más incisiva en la persona.

Todo ello nos lleva al desarrollo de este trabajo de investigación, en el cuál indagaremos de forma más detallada en todo este asunto que a la vez de conflictivo, es actual, y teniendo siempre como eje céntrico la figura del menor. Para ello nos centraremos en los temas más controvertidos de la temática e iremos avanzando desde la generalidad del reconocimiento de los derechos de personalidad al menor hasta la especificidad de la protección de estos derechos de los menores en relación con internet y las redes sociales; para lo cual he usado como referencias metodológicas diversas fuentes bibliográficas así como legislación y jurisprudencia histórica y actual.

I. Cuestiones Preliminares.

A. Conceptualización de los derechos de la personalidad.

Para saber cuándo estas libertades de expresión e información vulneran a los derechos de personalidad, parece procedente definir que entendemos bajo esa denominación.

En este punto encontramos una doctrina muy dividida; así pues algunos autores se inclinan por establecer una división dentro de los derechos reconocidos como fundamentales en nuestro texto constitucional, entre estos propiamente dichos y los derechos de la personalidad, debido a que entienden que tienen un ámbito de actuación y una eficacia jurídica distinta⁵; así como encontramos posturas opuestas que sostienen que no existen diversas categorías sino que los derechos de la personalidad quedan absorbidos dentro de los derechos fundamentales⁶.

De acuerdo con este último grupo doctrinal, creo que no podemos proceder a la negación del hecho de que los derechos de la personalidad tengan la consideración de derechos fundamentales, con la sobreprotección que ello trae consigo.

Así pues, entendemos los derechos de personalidad como aquellos derechos subjetivos que otorgan a su titular las facultades de goce y protección de los atributos e intereses esenciales e inherentes a su persona cuya razón de ser la encontramos en el artículo 10 de la Constitución, el cual recoge el principio general de tutela de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad⁷.

A pesar de la dificultad que presenta la delimitación de los derechos que se agrupan bajo la generalidad de “derechos de personalidad”, tradicionalmente se vienen distinguiendo dos categorías; por un lado los derechos de la personalidad que pertenecen a la esfera física o corporal del individuo como son el derecho a la vida o a la integridad física, y por otro lado los que hacen referencia a la esfera metafísica o moral de la persona, dentro de los cuales encontramos los derechos al nombre, los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y el derecho a la identidad personal entre otros.

Una vez que encuadramos los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen dentro del grupo de derechos de personalidad referidos a la esfera moral de las personas, procedemos a una calificación de forma más específica de los mismos.

1. Derecho al honor.

⁵ ROGEL VIDE, C, *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Zaragoza, Studia Albornotiana, 1985 págs. 162 y ss.; y DE ÁNGEL YAGÜEZ, R, *La protección de la personalidad en el derecho privado*, RDN, 1974, pág. 14.

⁶ LACRUZ, J.L, *Elementos de derecho civil*, Vol. 2º, Ed. Dykinson, 2ª ed., 2000, pág. 57.

⁷ GARCÍA GARNICA, M.C, *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado*, Ed. Aranzadi, 2004, pág. 76.

El derecho al honor viene recogido en nuestro texto constitucional, en el artículo 18.1, y viene fuertemente ligado con el derecho a la dignidad personal del artículo 10 del mismo cuerpo legal. Este derecho, como declara la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁸, tiene dos sentidos, uno subjetivo y otro objetivo; el primero de ellos viene dado por el sentimiento de la persona individualizada, mientras que el segundo hace referencia a la exteriorización, esto es, a la apreciación que los terceros hacen de nuestra dignidad.

El derecho al honor es de carácter volátil cuya precisión depende del marco temporal al que nos refiramos, variando a la par que varían las normas, los valores o las ideas sociales de la sociedad de cada periodo histórico, como ha afirmado el Tribunal Constitucional⁹. Así pues no podemos dar una definición permanente y concisa de que se entiende por derecho al honor, de modo que es la jurisprudencia la encargada de delimitar, hoy por hoy, que debemos entender bajo esta denominación y así lo ha hecho declarando que: “El derecho al honor protege frente a atentados en la reputación personal entendida como la apreciación que los demás puedan tener de una persona, independientemente de sus deseos, impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de aquélla”¹⁰.

Por último haremos una pequeña alusión de quien ostenta a la titularidad del mismo, y ante ello cabe decir que aunque es un derecho que va ligado a la dignidad humana, no cabe duda que se le reconoce a toda persona física desde el momento de su nacimiento, no obstante surge la duda de si las personas jurídicas ostenta o no a la titularidad de este. Pues bien ante ello también se ha pronunciado el Tribunal Supremo, el cuál declara que, si bien el derecho al honor es un derecho que debe referirse a las personas físicas individualmente consideradas, el derecho a la propia estimación, a la reputación o al buen nombre en el que este consiste, no es patrimonio exclusivo de las mismas y por tanto se podrá reconocer este derecho como titularidad de las personas jurídicas para su protección en el ámbito de su propia identidad y desarrollo de sus fines¹¹.

2. Derecho a la intimidad personal y familiar.

De igual modo que con el derecho al honor, tampoco hay una conceptualización doctrinal delimitada para el derecho a la intimidad sino que viene definido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el cual reconoce el derecho a la intimidad personal y familiar como el derecho que pretende garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, estrechamente vinculado con el respeto de su dignidad como persona, frente a la acción y conocimiento de los poderes públicos o demás personas

⁸Entre otras, STS 1 de marzo de 2010, Rec. 157/2007, con *cit.* SSTS de 17 de febrero de 2009 y de 16 de julio de 2009.

⁹SSTC 180/1999 de 11 de octubre, 52/2002 de 25 de febrero, 51/2008 de 14 de abril y 14/2003 de 28 de enero.

¹⁰STS de 18 de febrero de 2013, Rec. 624/2010 con *cit.* STC 14/2003 de 28 de enero.

¹¹STS de 17 de mayo de 2012, Rec. 1738/2010 con *cit.* SSTC 223/1992 y 76/1995.

particulares¹², además ha considerado este derecho como necesario para garantizar una mínima calidad de vida así como permitir el desarrollo de la personalidad de cada individuo¹³.

Este derecho pretende garantizar el desarrollo de la personalidad del individuo permitiendo delimitar la vida privada que se pretende salvaguardar, para lo cual se prohíbe la intromisión o injerencia de terceros en ese ámbito; puesto que no puede detallarse una definición del alcance de este derecho el Tribunal Supremo considera que se deberán tener en cuenta que conforma el patrimonio personal, lo que abarca y conforma el espacio vital de la persona; datos o actividades personales y privadas de la vida de cada individuo que, por tanto, deben estar protegidos ante cualquier injerencia, salvo que medie autorización libremente practicada por el propio titular¹⁴, entendiéndose así como derecho de la persona a llevar su propia existencia como ella entienda.

3. Derecho a la propia imagen.

Este derecho se encuentra en la misma esfera que los anteriores y por tanto también se encuentra ligado a la dignidad humana y a la garantía de la moral de la persona.

Este derecho, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, atribuye a la persona la capacidad para determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos que puede ser difundida públicamente y de igual modo impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de alguien no autorizado para ello, sea cual sea su finalidad¹⁵.

La imagen, tal y como ha sido definida por la constante jurisprudencia¹⁶, es la representación gráfica de la figura humana visible y reconocible y se pretende evitar la difusión o publicación así como su reproducción sin consentimiento del titular, el cual tiene facultad exclusiva para ello.

La protección de la propia imagen es justificada jurisprudencialmente por ser considerada como instrumento básico identificador y de proyección exterior, así como factor imprescindible para el reconocimiento individual de un sujeto. Se considera una intromisión ilegítima a este bien jurídico cuando se procede a la divulgación de la imagen sin el consentimiento del titular y fuera de las excepciones que recoge la ley (art. 8.2 LO 1/1982 de 5 de mayo), aunque la imagen no sea ofensiva o deshonrosa y aunque tampoco ponga en conocimiento de terceros datos íntimos¹⁷.

¹² SSTS 18 de febrero de 2013, Rec. 438/2011 y 17 de diciembre de 2012, Rec. 2229/2010.

¹³ STS de 16 de enero de 2009, Rec. 1171/2002.

¹⁴ STS de 1 de marzo de 2010, Rec. 154/2007.

¹⁵ STC de 24 de julio de 2012, Rec. 355/2011 con *cit.* SSTC 231/1988, 99/1994, 117/1994, 81/2001, 139/2001, 156/2001, 83/2002 y 14/2003.

¹⁶ STS de 1 de marzo de 2012, Rec. 154/2007 con *cit.* STS de 26 de febrero de 2009.

¹⁷ SSTS de 5 de mayo de 2012, Rec. 1805/2010 y de 20 de julio de 2011, Rec. 1089/2009.

B. Delimitación de las libertades de expresión e información.

El artículo 20 de nuestro texto constitucional recoge, entre otras, estas libertades, aunque de forma diferenciada, pues aunque comúnmente nos encontremos con que estos derechos se fusionan, es de gran importancia saber diferenciarlos, ya que no tienen el mismo objeto.

No suele ser tarea fácil el diferenciar la expresión (de ideas, pensamientos u opiniones) de la información (narración de ciertos hechos), pues a menudo van de la mano, así en la mayoría de ocasiones nos encontramos con que la expresión de ideas o pensamientos necesitan apoyarse en la narración de hechos o actuaciones y de igual modo ocurre a la inversa, muchas narraciones periodísticas o de investigación suelen ir acompañadas de una valoración personal del autor que incluye expresiones de sus propios pensamientos o ideas sobre el asunto en cuestión. Esto hace necesaria la separación de ambos derechos siempre y cuando sea posible, de no serlo se ha de atender al aspecto dominante.

No obstante, aclararemos en la medida de lo posible lo que se entiende por cada uno de ellos.

1. Libertad de información.

Este derecho se encuentra recogido en el artículo 20.1 d) y comprende el reconocimiento y protección del derecho que tienen las personas a dar y recibir información de forma libre por cualquier medio de difusión. Así pues nos encontramos ante un derecho que tiene una doble proyección social, por un lado el derecho a dar o comunicar información y por otro, el derecho a recibir esta información.

Acotamos el término de información prestando especial atención a la capacidad de que los hechos que se narran sean o no susceptibles de comparación con datos objetivos y siempre y cuando hayan sido elaborados por periodistas profesionales¹⁸.

De otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional considera también información, el hecho de comunicar un hecho mediante una imagen, y por tanto le otorga la misma protección jurisdiccional que a la información por medio de palabras o expresiones emitidas de forma oral o escrita¹⁹. De igual modo, viene reconociendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo dentro del abanico del derecho de información, el tratamiento con carácter humorístico de la misma, en la medida que *puede constituir una forma de transmitir el conocimiento de determinados acontecimientos llamando la atención sobre los aspectos susceptibles de ser destacados por la ironía, el sarcasmo o a burla*²⁰.

2. Libertad de expresión.

¹⁸ STS de 18 de febrero de 2013 Rec. 438/2011.

¹⁹ STC 132/1995 de 11 de septiembre.

²⁰ STS de 20 de julio, Rec. 1745/2009.

La libertad de expresión, viene delimitada en el artículo 20.1 a) de nuestra carta magna y garantiza el derecho a expresar y difundir de forma libre pensamientos, ideas u opiniones mediante la palabra, escrito o cualquier medio de reproducción.

Así pues, a diferencia del derecho de información, su objeto no es proporcionar una narración noticiosa de un hecho, sino emitir un juicio de valor propio mediante opiniones y pensamientos de carácter personal y subjetivo. Por consiguiente, se considera que este derecho tiene un campo de actuación más amplio que el anterior, comprendiendo incluso la crítica de conducta de un tercero aun cuando esta pueda ocasionar molestia, inquietud o disgusto en su persona, excluyendo únicamente las expresiones injuriosas²¹.

También ha sido reconocida por el Tribunal Supremo la comprensión dentro de la libertad de expresión, la crítica humorística, haciendo referencia a la limitación impuesta por el Tribunal constitucional, mediante la cual se considera la expresión de crítica humorística como intromisión ilegítima cuando el *animus iocandi* (intención de bromear) se utiliza con la única finalidad de humillar o desprestigiar a alguien mediante una burla cruel²².

C. Concepto de “menor de edad” en nuestro ordenamiento jurídico.

Por último vamos a hacer una referencia a la figura del menor en nuestro sistema para poder entender la delicadeza del tema que tratamos cuando entra en juego su persona.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1 de la Convención de Derechos del Niño, el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/1982 de Responsabilidad Penal de Menores y el artículo 135 de nuestro Código Civil, podemos afirmar que son consideradas en nuestro ordenamiento jurídico como menores de edad, las personas menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de otra Ley que les sea aplicable, hubieran alcanzado anteriormente la mayoría de edad.

Sin embargo, el establecimiento de esta edad se realiza de forma objetiva y ello conlleva una dificultad añadida, pues en muchas ocasiones la edad cronológica de una persona no se corresponde con su grado de madurez y entendimiento, por lo tanto, con independencia de la mayoría de edad establecida por cada ordenamiento jurídico, se suele tener en cuenta otro criterio de carácter más subjetivo para su determinación, la suficiencia particular de juicio de cada menor y las características de su personalidad o su grado de madurez.²³

No obstante, nuestro ordenamiento jurídico establece varias edades cronológicas, que permiten obrar al menor en diferentes situaciones o llevar a cabo ciertos actos aun sin haber llegado a la edad de dieciocho años.

²¹ SSTs de 16 de octubre de 2008 Rec. 1352/2008 y de 18 de febrero de 2013 Rec. 624/2010.

²² STS de 20 de julio de 2011 Rec. 1745/2009 y STC 176/1995.

²³ GIL ANTÓN, A.M., *El Derecho a la Propia Imagen del Menor en Internet*, Ed. Dykinson 2013, Pág. 154.

De este modo la primera edad que se tiene en cuenta en nuestro ordenamiento civil es la de doce años, a partir de la cual se tiene en cuenta el consentimiento del menor para diferentes acciones como por ejemplo en la adopción (art. 177.1 CC), sin embargo, volviendo a lo que hemos mencionado anteriormente, como pilar para la fijación de esta edad, debemos atender a su desarrollo psíquico, causa por la cual se exige en la mayoría de veces la necesidad de escuchar al menor en fundamento de la seguridad jurídica del mismo, como por ejemplo en los casos de custodia (art. 92.6CC)

Por otro lado, el siguiente salto significativo se produce en la edad de catorce años, en la cual el menor puede llevar a cabo un gran número de actos por sí mismo, en relación a su nacionalidad, reconocimiento de hijos o contraer matrimonio, entre otros.²⁴

A partir de los 16 años, ya es considerado mayor de edad en la jurisdicción penal y además se le abre aún más el abanico de actuaciones en el ámbito civil, de este modo tiene la posibilidad de emanciparse ya sea por concesión del o de los titulares de su patria potestad o por concesión judicial a su petición (arts.317 y 320 CC) ; al emanciparse, se le permite autogobernarse tanto personalmente como patrimonialmente de igual modo que si ya hubiese alcanzado la mayoría de edad (art. 323 CC).

En definitiva, a pesar del establecimiento de estas edades de forma objetiva en nuestro ordenamiento, es cada vez más común el empleo del criterio subjetivo del suficiente juicio o madurez del menor, que se hace efectivo mediante su audiencia.

II. Personalidad y Derechos de la Personalidad del Menor.

En primer lugar, procede aclarar la diferencia existente entre la titularidad de un derecho y la capacidad para el ejercicio del mismo. Como sabemos los derechos se les reconocen a las personas desde el momento en el que son consideradas como tal, esto es, su nacimiento (arts. 29 y 32 CC), sin que su estado civil pueda incidir en ningún caso sobre ello.²⁵

Así pues decimos que una persona goza de personalidad, en el ámbito jurídico, cuando tiene capacidad para ser titular de los derechos que se reconocen en nuestro ordenamiento jurídico, de este modo, no hay duda alguna de que los menores gozan de personalidad, pues desde el momento en que una persona nace, obtiene la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones.

No obstante, los menores, al igual que otros sujetos, son incapaces de ejercer muchos de esos derechos, y por tanto gozan de una protección más especial, debido a que el impacto que un daño puede causar a una persona adulta puede verse magnificado

²⁴ El menor puede optar a la nacionalidad española siempre que esté o haya estado bajo la patria potestad de un español (art. 20.2 c) CC); puede reconocer a un hijo sin necesidad de autorización judicial con audiencia del Ministerio Fiscal; puede casarse estando capacitado para otorgar capitulaciones matrimoniales, aunque solo sea para pactar los regímenes de separación de bienes o participación (art. 1329).

²⁵ GARCÍA GARNICA, M.C, *El ejercicio de los Derechos...*, cit., pág. 183.

en la persona del menor. Así pues, una intromisión en los derechos de la personalidad del menor puede incidir de forma más grave para este que para un adulto, pues puede ocasionarle consecuencias graves en el desarrollo de su personalidad e incidir de forma negativa en su ulterior desarrollo.

Por esto y con el principal objetivo de su protección, los menores no tiene una capacidad de obrar plena (a diferencia de los mayores de edad) y necesitan una representación legal en muchas ocasiones para poder ejercitar los derechos de los que son titulares²⁶.

Una vez aclarado esto, procedemos a hablar de la titularidad de los derechos de la personalidad del menor, más adelante hablaremos de su capacidad para el ejercicio de los mismos.

A. Menor de edad en relación con los Derechos de Personalidad.

En primer lugar, es necesario delimitar que entendemos por menor de edad en relación con la titularidad de los derechos de la personalidad. Como veníamos diciendo, en nuestro ordenamiento jurídico no solo tenemos en cuenta la edad cronológica de la persona para determinar su mayoría o minoría de edad, sino que tenemos en cuenta otros factores como la madurez o la suficiencia de juicio, de este modo el artículo 162.1 del Código Civil nos dice que los menores que ostenten suficiencia de madurez podrán realizar por sí mismos los actos relativos los derechos de personalidad sin necesidad de autorización o supervisión de sus representantes legales.

Así pues, en la realidad práctica no es tan importante el establecimiento de una edad numérica para determinar si un menor puede o no disponer o actuar en relación con sus derechos de personalidad sino atender a su grado de madurez y raciocinio. De este modo, de acuerdo con Alcon Yustas y Montalvo Jaaskelainen²⁷, el artículo 162.1 de nuestro Código Civil, no solo faculta al hijo menor de edad a llevar a cabo de forma independiente actos con sus derechos de personalidad, sino también a otros que su grado de madurez le permita llevar a cabo lo que puede ocasionar una cierta inseguridad jurídica para el menor.

No obstante, la madurez es considerada un criterio muy subjetivo, lo que ocasiona que en el marco práctico los jueces dispongan de una amplia facultad para ampliar o restringir esta posibilidad que se le otorga al menor para disponer de sus derechos de personalidad previa audiencia del mismo.

Por último, en lo relativo a la madurez como criterio para delimitar el otorgamiento de disposición y ejercicio de los derechos de personalidad del menor de edad, debemos incidir en que no solo se formula este asunto con tal imprecisión en nuestro ordenamiento jurídico, sino que en el plano internacional, concretamente en la

²⁶ O'CALLAGHAN, X, "Personalidad y derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen) del menor, según la Ley de protección del menor", @*Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-239, tomo 4, Ed. LA LEY

²⁷ *Los menores en el proceso judicial* Ed. Tecnos 2011, Pág. 62

Convención de los Derechos del Niño de 1989, se trata de igual modo la capacidad del menor, dejándola sujeta a elementos imprecisos²⁸.

B. Titularidad de los derechos de la personalidad del menor.

Nuestra Constitución hace referencia a los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen en su artículo 18.1, sin hacer distinción en lo que se refiere a su titularidad por un adulto o un menor de edad, y de igual modo vienen desarrollados por la Ley 1/1982 de 5 de mayo de Protección civil de derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Sin embargo, también vienen desarrollados en la Ley de protección jurídica del menor, en su artículo 4.3 el cual establece que “Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales”; así pues queda definida la titularidad de estos derechos por el menor, que en ningún momento podrán verse coartados²⁹.

La adquisición de la personalidad, es de acuerdo con nuestra constitución (art. 10.1) el único requisito para la posesión de la dignidad, de capacidad jurídica fundamental y de capacidad para ser titular de los derechos fundamentales que le son inherentes desde el momento de su nacimiento y hasta el de su muerte; lo que se traduce en la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Así pues, desde el momento en el que una persona nace ya se considera titular de derechos fundamentales y de una personalidad jurídica, por tanto no se considera posible que un sujeto que no goza de personalidad pueda gozar de una protección de derechos que formalmente aún no se le reconocen y por tanto nos surge una nueva cuestión en relación a la figura del *nasciturus* y a la memoria del fallecido.

1. El *nasciturus* en relación a la titularidad de derechos de personalidad.

El *nasciturus*, al carecer de las condiciones entabladas en el artículo 30 del Código Civil, no es considerada persona jurisdiccionalmente, a pesar de que su vida y salvaguarda sean objeto de protección por nuestra constitución. En efecto, nuestro ordenamiento jurídico protege el bien jurídico de la vida del no nato, del cual es titular. De igual modo, se preserva en nuestro ordenamiento civil la figura del *nasciturus* a lo largo de multitud de situaciones tales como las recogidas en los artículos 965 o 967 de nuestro código.

²⁸ Artículo 12: “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.”

²⁹ La STS de 6 de diciembre de 1912 reconoció por primera vez el derecho al honor de una menor. Este caso, conocido como *el caso del fraile raptor y suicida*, se motiva por la acusación pública en prensa de la a un fraile de Totana por el rapto y fuga con una menor; posteriormente se desmintió la noticia (también públicamente) pero el padre de la menor moralmente perjudicada decidió demandar al periódico en cuestión, ante lo que se obtuvo por primera vez en la historia de España una declaración del Supremo a favor de la defensa del derecho al honor de la menor y de resarcimiento de daños por tal motivo. Posteriormente en 1992 en la STS de 18 de marzo el derecho a la intimidad.

Sin embargo, la protección que le da nuestro ordenamiento al concebido y no nacido, no puede equipararse a la que se le da a una persona considerada como tal con plenas capacidades jurídicas y de titularidad de derechos y obligaciones, así pues nos encontramos ante una protección limitada que únicamente tiene como objeto la defensa y protección del *nasciturus*.

No obstante en las últimas décadas, la figura del no nato se ha convertido en objeto de multitud de conflictos ético-morales y como consecuencia de ello mucha jurisprudencia se ha pronunciado en este contexto arrojando un ápice de luz en lo que a los derechos del *nasciturus* se refiere, resolviendo cuestiones relativas a que derechos ostenta y cuáles no. En este sentido creo conveniente mencionar las Sentencias del 11 de diciembre de 2002, por la cual se le reconoce el derecho a indemnización a favor del *nasciturus* por daño moral causado por la muerte en un accidente de tráfico de su hermano (menor de edad) y la del 25 de septiembre de 1997, en la que igualmente se le otorga indemnización al no nacido por daño moral causado por la muerte de su padre en un accidente de tráfico³⁰.

En estas sentencias se reconoce así un derecho civil indemnizatorio por daño moral causado al que aún no ha nacido, equiparando así al *nasciturus* a la persona ya nacida, por lo que parece comprensible pensar que si cabe indemnización por daño moral causado, el no nato es titular de derechos (que ya no solo bienes jurídicos), en favor de la protección de su futura personalidad. De este modo incluso podemos pensar que los derechos de personalidad pueden ejercerse con antelación al nacimiento, de forma que una vulneración al honor del concebido y no nacido puede equipararse igualmente a un daño moral que se le causa de cara al futuro y que puede llegar a truncar la personalidad del menor una vez nacido.

2. La memoria del fallecido como objeto titular de derechos de personalidad.

Como sabemos los derechos son inherentes a la persona reconocida desde el momento de su nacimiento y hasta su muerte (art. 32 CC), por lo tanto, y siguiendo la exactitud de esto, una vez producido el fallecimiento de la persona, esta deja de ser titular de los derechos que le habían reconocido a lo largo de su existencia. No obstante nos encontramos con las cuestiones de si el fallecido sigue teniendo derecho a la protección de su personalidad y si ello fuera posible, con que límites.

En este sentido, hablamos de la memoria del fallecido, lo cual se puede entender y se entiende por la legislación aplicable como una prolongación de su personalidad. Así encontramos en la Ley 1/1982 de 5 de marzo preceptos en los que se encuadra una protección al honor, la intimidad y la propia imagen del ya fallecido, tales como el artículo 4 o 6³¹.

³⁰ Sentencias de 11 de diciembre de 2002 dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 1ª), recurso 187/2002 y de 25 de septiembre de 1997 dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2ª), recurso 177/1997.

³¹ GIL ANTÓN, A.M, *El derecho a... cit.* Pág. 164.

En esta cuestión la doctrina se encuentra muy dividida, encontramos un sector que piensa que es un contrasentido la defensa de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen del fallecido al no existir persona jurídica titular de tales derechos y por tanto no cabe ejercicio de los mismos³². Sin embargo otro sector defiende la idea de que a pesar de que no se defiende los derechos de personalidad del fallecido con un derecho subjetivo (puesto que no hay persona), si se deben proteger a través del interés legítimo de terceros, normalmente los familiares, a pesar de que sea una protección más restringida que cuando hablamos de una persona propiamente dicha³³.

De ambas posturas extraemos la idea que fundamenta en muchos casos la jurisprudencia, de este modo se deduce que mientras la persona existe, es decir cuando se encuentra en el momento de su nacimiento y hasta su muerte, los bienes jurídicos de la personalidad son tutelables mediante derechos subjetivos, mientras que cuando se produce el fallecimiento (de igual modo que con la figura del *nasciturus*) y por tanto ya no hablamos de una persona como tal, esos bienes jurídicos de la personalidad pasarían a ser un interés público, apareciendo así el conocido como “interés legítimo”, objeto que el ordenamiento jurídico intenta salvaguardar por otros medios, pues se entiende como “respeto de la dimensión vital del propio ser”³⁴.

De esta forma, el ordenamiento jurídico establece métodos de protección a la dignidad y personalidad del menor con figuras como la patria potestad, con la cual se pretende la protección del menor de edad por parte de los titulares que deberán avalar la protección y el goce de los derechos de la personalidad de los menores que tutelan.

De otro lado, también debemos mencionar la importancia del Ministerio Fiscal, pues al considerarse una cuestión de interés público, este tiene la obligación de intervenir para salvaguardar estos derechos de personalidad de los menores cuando se considera insuficiente o inexistente la tutela con la práctica de la patria potestad.

En consonancia con la idea de protección de los derechos de la personalidad de la persona fallecida bajo la justificación de la protección de interés público, cabe mencionar sentencias como la del famoso caso “Paquirri”, en la cual se alega violación del derecho a la imagen y la intimidad de este personaje público por comercializar imágenes mientras el diestro se debatía entre la vida y la muerte en la sala médica de la plaza de toros. En este caso el Tribunal Constitucional entendió que una vez fallecida la persona no puede darse el recurso de amparo por violación de derechos que se extinguen con la personalidad, pero si cabría alegar una violación del derecho a la intimidad personal y familiar de la viuda³⁵.

³² HERRERO-TEJEDOR, F, *La intimidad como derecho fundamental*. Madrid 1998. Pág. 88 y ss.

³³ DE LAMA AYMÁ, A, *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*. Valencia 2006. Pág. 49.

³⁴ LÓPEZ JACOISTE, J.J, *Una aproximación típica a los derechos de la personalidad*. Anuario de Derecho Civil. 1986. Pág. 1078.

³⁵ STC de 2 de diciembre de 1988, núm. 231/1988.

III. Capacidad del menor para el ejercicio de los derechos de personalidad.

Como veníamos diciendo en el tema anterior, existen diferencias entre la personalidad o capacidad para ser titular de derechos y la capacidad de obrar, es decir la capacidad para el ejercicio de los mismos. Esta última no es igual para todos los sujetos titulares de derechos, sino que tiene varias categorías en relación con el grado de capacidad que corresponde a un sujeto en cuestión.

Así pues destacamos los siguientes grados de capacidad: en primer lugar, el mayor de edad se dice que tiene capacidad plena para el ejercicio de sus derechos que, salvo en algunas excepciones, atañe a la totalidad de las actuaciones de su vida civil (art. 322 CC); la persona del incapaz, por su parte, solo tendrá capacidad para ejercer los derechos que se le reconozcan por la “sentencia constitutiva de la incapacitación” (art. 210 CC); por último, el menor de edad emancipado, el pródigo y el incapacitado parcial podrán ejercer sus derechos de forma limitada, pues actuarán individualmente por sí mismos pero complementando su actuación en algunos casos con la capacidad de sus tutores legales, padres o curadores³⁶.

En este sentido y como afirmación muy general (que más tarde desarrollaremos), el menor de edad tiene el grado de capacidad jurídica de obrar “del incapaz”, por tanto no podrá ejercer sus derechos de forma independiente, reconociéndosele un campo limitado de actuación. No obstante se le reconoce al menor la capacidad para llevar a cabo numerosas actuaciones en el ámbito del derecho civil de forma independiente, tales como, aceptar donaciones (art. 625 CC) o hacer testamento, con excepción del testamento ológrafo, cuando supera los catorce años (art. 663.1 CC).

Como hemos referido en capítulos anteriores, el artículo 162.1 de nuestro Código Civil excluye la representación por parte de los padres a los hijos menores en los actos relativos a los derechos de la personalidad de estos cuando sus condiciones de madurez permitan que puedan realizarlos por sí mismos. Este reconocimiento conlleva que no solo se faculte al menor para poder obrar con sus derechos de personalidad sin necesidad de recurrir a una representación legal por parte de sus padres o tutores, sino que también lo faculta para llevar a cabo otros actos que su grado de madurez le permita. De este modo, si se considera que el menor tiene un grado de madurez acorde con los actos que pretende realizar no necesitará de representación legal.

De esta forma, queda clara la capacidad de ejercicio por el menor de los derechos de la personalidad, que ejercitará de forma independiente cuando su madurez lo permita o de forma complementaria con autorización o supervisión de sus padres o tutores legales.

A. Cuestión general sobre el ejercicio de los derechos de la personalidad por el menor.

³⁶ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X, *Personalidad y derechos de la personalidad... cit.* Pág. 2.

La regla de partida en este asunto la encontramos en el artículo 162.1 de nuestro Código Civil. Este artículo, como venimos diciendo, faculta a los hijos menores de edad a ejercer sus derechos de personalidad siempre que sus condiciones de madurez lo permitan. La idea principal que se extrae de este precepto es que estos derechos de personalidad, por su naturaleza, no se ajustan a la estructura básica de “capacidad jurídica - capacidad de obrar”, puesto que son derechos que se reconocen de una forma específicamente ligada a la persona como tal; de modo que resultan ser de titularidad innata, intransmisible, irrenunciable e imprescriptible³⁷.

No se entiende pues, en la esfera de estos derechos de personalidad, el esquema que veníamos viendo por el cual se diferencia la capacidad jurídica de la capacidad de obrar puesto que, siguiendo esta premisa, el menor no estaría facultado para ejercer por sí mismo estos derechos, hecho que se desmonta por completo con el enunciado del artículo 162.1 del Código Civil, por el que se facilita el ejercicio individualizado por el menor de sus propios derechos de personalidad (siempre que sus condiciones de madurez así lo permitan), relegando a un plano subsidiario la voluntad de los representantes legales del menor.

En el sentido de la facilitación ofrecida al menor para el ejercicio de sus derechos de personalidad, es preciso contemplar que incluso cuando el menor no se considera plenamente capaz para ejercer los derechos por sí mismo puesto que sus condiciones e madurez no lo permiten, los representantes legales tienen la obligación de escuchar al menor y respetar su criterio. De modo que aunque la capacidad del menor no es suficiente, si es relevante y por ello no podrá obviarse ni negarse su personalidad³⁸.

No obstante, debemos hacer también una referencia al sentido patrimonial de estos derechos, más concretamente de los derechos a la intimidad o a la propia imagen.

El artículo 162 del Código Civil establece en su último párrafo la exigencia del previo consentimiento del menor cuando este tenga suficiente juicio para celebrar contratos que lo obliguen a realizar prestaciones personales, si perjudicar lo que dispone el artículo 158 del mismo cuerpo legal.

De este modo, lo que se extrae es que, cuando se lleva a cabo el ejercicio de estos derechos en una vertiente patrimonial, la voluntad del menor sobre estos derechos sigue siendo imprescindible, sin embargo, para el perfeccionamiento del contrato deberá validarse la prestación del consentimiento del representante legal del menor en cuestión³⁹.

En definitiva, como regla general sobre este asunto, se puede decir que el artículo 162 del Código Civil, establece que la autorización del menor a la intrusión en sus derechos de personalidad descarta la antijuridicidad del hecho. Sin embargo ello no será

³⁷ RAMOS CHAPARRO, E, *La persona y su capacidad civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, Págs. 255 y 256.

³⁸ GUINEA FERNÁNDEZ, D.R, *Autonomía de la voluntad: ejercicio del derecho al honor, a la intimidad y la propia imagen por el menor*, LA LEY Derecho de familia, Nº 5, 2015 Ed. Wolters Kluwer.

³⁹ GARCÍA GARNICA, M.C, *El ejercicio de los... cit.* Págs. 88 – 91.

suficiente cuando lo que tratamos es la contratación de los derechos de personalidad del menor.

Como último inciso, debemos decir que la tendencia de los países más desarrollados es reconocer la plenitud de la titularidad de estos derechos de personalidad a los menores, así como una capacidad progresiva para ejercerlos. Así pues, en nuestro ordenamiento se le reconoce al menor la capacidad natural para el ejercicio de los derechos. Cuando nos referimos a la capacidad natural, aludimos a la capacidad para entender, en una situación determinada, el alcance y las consecuencias de la decisión que se adopta; de modo que solo podrá valorarse esta capacidad en un determinado caso y no de forma genérica puesto que puede tenerse capacidad natural para realizar unos actos o adoptar una decisión concreta y en otros casos no⁴⁰.

B. Autonomía de la voluntad del menor para el ejercicio de sus derechos de personalidad. El consentimiento prestado.

En primer lugar, considero que antes de abordar de lleno la cuestión de la autonomía de voluntad en el ejercicio de los derechos de los menores, es conveniente hacer una referencia al artículo 4.3 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, este nos dice lo siguiente: “Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales”.

Como se puede apreciar, este artículo fija una doble protección al menor en el ámbito de sus derechos de personalidad, así pues:

1. De un lado rechaza que la autonomía de voluntad del menor de edad (en lo que a sus derechos de personalidad se refiere) pueda permitir una intrusión que dañe su honor, intimidad o imagen en el mismo instante o posteriormente.
2. De otro lado, este artículo también rechaza la legitimidad del permiso al entrometimiento por los representantes legales del menor, siempre y cuando el fruto de ello sea el mismo que en el caso anterior, es decir, un perjuicio a la figura del menor.⁴¹

De este modo, se superpone en todo momento el interés del menor y la protección de los derechos de personalidad del mismo frente a la autonomía de voluntad tanto del menor como de los representantes legales de este cuando ejerzan tal representación; imposibilitando así que se puedan vulnerar el honor, la intimidad o la imagen del menor a pesar de que se hubiere prestado consentimiento expreso o tácito para una intromisión a tales derechos.

⁴⁰ SANTOS MORON, M.J, *Incapacitados y derechos de la personalidad*, Madrid, 2000, Págs. 44 y ss.

⁴¹ GUINEA FERNÁNDEZ, D.R, *Autonomía de la... cit.* Págs. 4-6.

Ahora bien, parece apropiado tratar el tema de la autonomía de la voluntad del menor para el ejercicio de sus derechos de personalidad fijándonos de forma más detallada en cada uno de estos derechos.

1. La autonomía de la voluntad del menor en el ejercicio del derecho al honor.

Como sabemos, el derecho al honor, es un derecho en cierto modo indeterminado conceptualmente hablando, debido a que su precisión viene determinada por el marco social de un momento temporal determinado; y como decíamos en el capítulo primero, tiene una doble proyección, subjetiva, cuando hablamos de la percepción que la persona tiene sobre su persona y objetiva, cuando nos referimos a la percepción social de los demás con respecto a una persona.

De este modo y según se extrae del artículo 2 de la Ley 1/1982, la protección del derecho al honor no solo viene delimitada por la propia ley y el ordenamiento jurídico, sino también por *los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia.*

Sin embargo, a pesar del carácter indisponible del derecho al honor, el sujeto titular del mismo tiene capacidad para una fijación de su honor personal. Cuando nos referimos a la figura de un menor, en este sentido, parece lógico pensar que se le faculte a este para el establecimiento de su propio derecho al honor y no solo se tenga en cuenta lo dispuesto por sus representantes legales a tal efecto⁴². Sin embargo, esta facultad del menor se puede ver restringida con el fin de velar por sus intereses.

Por consiguiente podemos concluir así afirmando que el menor tendrá autonomía para ejercer su voluntad y actuar para de forma que determine su propio honor; sin embargo no se puede admitir el consentimiento del menor para la intromisión a su derecho al honor siempre que esta intromisión suponga un perjuicio para la honra o reputación de su persona.

2. La autonomía de la voluntad del menor en el ejercicio de los derechos a la intimidad y la propia imagen.

A pesar de que son dos derechos claramente diferenciados, parece apropiado tratarlos de forma conjunta en este ámbito puesto que la regulación legal y el tratamiento procesal de ambos son coincidentes en la mayoría de los aspectos y por tanto supone una mejor comprensión de los elementos que se encuentran en relación con su ejercicio.

Cierto sector de la doctrina sitúa como punto de partida de la autonomía de voluntad del menor para el ejercicio de estos derechos en la pronta edad de doce años⁴³. Aunque como sabemos la edad en estos casos únicamente actúa como orientación, pues es más razonable pensar que se debe dar un estudio individualizado de cada caso,

⁴² Interpretación de los artículos 162 del Código Civil, 9 de la LO 1/1996 y 2 de la LO 1/1982.

⁴³ SANTOS MORÓN, M.J., *Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, N.º 15, 2011, Pág. 73.

fijándonos en la capacidad natural y madurez del menor en cuestión. De tal modo, como viene afirmado por la jurisprudencia, el poder de representación de los padres o representantes legales no puede expandirse hasta los sectores que suponen una manifestación del ejercicio de la personalidad del menor y este pueda ejecutar por sí mismo⁴⁴.

En este sentido, no es poca la jurisprudencia que se ha pronunciado arrojando algo de claridad al asunto. Encontramos sentencias que exponen la inadmisión del consentimiento general que se ha podido ceder para la disposición de la imagen o intimidad por un tercero cuando sea del interés de este último, sino que se deberá exigir un consentimiento expreso para cada una de las veces que se vayan a disponer de estos viene jurídicos⁴⁵.

Por otro lado, también debemos aclarar que el consentimiento que da el menor o sus representantes legales, para la utilización de su imagen debe efectuarse con claridad y de forma expresa e inequívoca, no obstante este consentimiento puede verse revocado cuando la intromisión a estos derechos del menor pueden vulnerar su honra o reputación o pueden atentar contra sus intereses⁴⁶.

Como último inciso, hacemos referencia al sentido patrimonial de estos derechos, como sabemos el menor es incapaz para contratar y por ello deberán actuar en su nombre sus padres o representantes legales, aunque siempre teniendo en cuenta el consentimiento del menor puesto que corresponde a él decidir sobre la intromisión en sus derechos (siempre y cuando tenga madurez suficiente para ello)⁴⁷.

IV. Conflicto entre los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen y las libertades de expresión e información.

Bajo mi humilde criterio, debemos partir fijándonos en la perspectiva constitucional del conflicto.

Como bien sabemos, nuestro Ordenamiento Jurídico goza de una estructura jerarquizada en cuyo vértice se encuentra la Constitución, y de forma análoga, a todos los ciudadanos se nos reconocen derechos y deberes en textos normativos de muy diversa índole que si algo tienen en común es que siempre deben respetar los derechos fundamentales que señala la constitución y que, bajo ningún concepto, deben verse vulnerados.

Así pues, cuando acudimos al artículo 20.1 a) y d) en relación con el artículo 53.2 de nuestra constitución, encontramos el reconocimiento como derecho fundamental

⁴⁴ STS 26/2013 de 5 de febrero.

⁴⁵ Entre otras la STS 818/2013 de 17 de diciembre.

⁴⁶ STC 158/2009 de 29 de junio.

⁴⁷ SÁNCHEZ-CALERO, J, *Las actuaciones de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados.*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005. Págs. 151-158.

especialmente protegido mediante los recursos de amparo constitucional y judicial “el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, así como el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. De igual forma y en igualdad de condiciones, encontramos en el artículo 18.1 del mismo texto la garantía del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

Observamos que la Constitución recoge en su Título I bajo la rúbrica: “De los derechos y libertades fundamentales”, los derechos de personalidad y las libertades de expresión e información en igualdad de trato y condiciones. Y reiterando lo dicho anteriormente, es aquí donde radica la problemática. Esto es así en tanto que una información que se hace pública mediante cualquier medio versa sobre una persona, siempre va a vulnerar algún derecho de personalidad; y lo mismo ocurre en el caso contrario, cuando una información se ve coartada por el respeto a los derechos de personalidad. Problema que se ve acentuado cuando estos derechos y libertades gozan del mismo rango normativo y por tanto uno no prevalece sobre el otro, sino que tienen las mismas garantías para su ejercicio.

Una vez puestos en contexto, nos dirigimos a un tratamiento más pormenorizado de la problemática que nos aborda.

A. El tratamiento del conflicto mediante los juicios de ponderación.

Como ya sabemos, los derechos al honor, la intimidad e imagen se hayan dentro de la esfera de lo que conocemos como derechos de la personalidad, los cuales se consideran privados, inalienables, imprescriptibles e inherentes a la persona física desde el momento de su alumbramiento⁴⁸.

Como sabemos estos derechos de personalidad vienen regulados de manera específica por la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, la cual viene fijando un tratamiento procesal y legal singularizado caracterizado por la obligatoriedad de ejercicio por los Juzgados y Tribunales.

Estos procedimientos especiales cuyo objeto es el conflicto entre los referidos derechos de la personalidad y las libertades de expresión e información deben resolverse, tal y como ha fijado en numerosas ocasiones la jurisprudencia, mediante los conocidos como juicios de ponderación⁴⁹.

Cuando hablamos de ponderación nos referimos a una ponderación en sentido constitucional, atendiendo a las particularidades del caso concreto y se trata de examinar la magnitud e importancia de cada derecho con la finalidad de establecer una regla que dé prioridad a uno sobre otro.

⁴⁸ MONTÓN GARCÍA, M, *Derecho al honor, intimidad y propia imagen: protección civil y su conflicto con las libertades de información y expresión* Ed. La Ley 1995, Tomo 1 Pág. 874.

⁴⁹ Entre otras, SSTS de 18 de febrero de 2013, Rec. 438/2011, 18 de febrero de 2013, Rec. 624/2010 y 18 de febrero de 2013, Rec. 1685/2010.

La ponderación de estos derechos de la personalidad y las libertades de expresión e información ha dado lugar a una abundante y diversa jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, de modo tal, que juristas como Morenilla Allard vienen distinguiendo tres fases dentro de los pronunciamientos del Constitucional⁵⁰:

- a) Un primer momento viene dado cuando prevalece el derecho al honor sobre las libertades de información y expresión que nace con la Constitución en 1978 y se extiende hasta 1986 con la sentencia del Tribunal Constitucional 104/1986. En este caso el Constitucional alegaba que las mencionadas libertades estaban supeditadas a los derechos al honor, intimidad y propia imagen.
- b) Posteriormente, desde la mencionada sentencia y hasta 1990 la situación cambió y se priorizaban las libertades de expresión e información frente a los derechos de la personalidad⁵¹. Esto venía dado por la extendida opinión de que estas libertades deben tener una importante trascendencia en un Estado democrático.
- c) Por último desde 1990 y hasta el día de hoy, a pesar de que las libertades de expresión e información siguen siendo muy relevantes, ello no conlleva a que esta relevancia le otorguen prevalencia absoluta sobre los derechos de la personalidad. En la actualidad se exige que las informaciones sean veraces y que en cada caso se realice un juicio de ponderación entre los derechos en conflicto⁵².

B. Colisión de los derechos de la personalidad y las libertades de expresión e información en sentido abstracto y concreto.

Como hemos visto, tanto la doctrina como la jurisprudencia parte del principio general de prevalencia de las libertades de expresión e información, sin embargo esto no es del todo así, pues debemos ponderar cada caso concreto y hacer un juicio de prevalencia. Por ello debemos hacer dos referencias al conflicto de los derechos y libertades que tratamos, por un lado en un plano abstracto o generalizado y por otro en un plano más concreto e individualizado.

1. Plano general del conflicto: prevalencia de las libertades de expresión e información.

Como ya se ha pronunciado la jurisprudencia en diversas ocasiones, es necesario que primeramente se haga un juicio de ponderación más general (un estudio abstracto de los derechos fundamentales que entran en colisión)⁵³. Actualmente y para garantizar

⁵⁰ *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional* Ed. Colex, Madrid 2007, págs. 655 a 657.

⁵¹ STC 105/1990 de 6 de junio.

⁵² MENDEZ TOJO, R, “Los conflictos entre el derecho al honor, la intimidad personal y la propia imagen y las libertades de expresión e información. ¿Son derechos fundamentales irreconciliables?” @*Diario La Ley*, Nº. 8573, 1 de julio de 2015, Ed. La Ley.

⁵³ STS 18 de febrero de 2013 Rec. 438/2011 *cit.*

la opinión pública que debe primar en un estado democrático como es el nuestro, se le da primacía en la parte abstracta del juicio de ponderación a las libertades de expresión e información.

Así pues encontramos numerosas sentencias en las que se da prevalencia a las libertades de expresión e información frente a estos derechos de personalidad como por ejemplo la Sentencia del Supremo de 18 de febrero de 2013, recurso 624/2010 en la que el Tribunal se pronuncia para dar prevalencia a la libertad de expresión frente al derecho al honor por considerar que esta libertad abarca la expresión de la opinión que una persona pueda tener sobre otra aunque esta *pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige*. En el mismo sentido encontramos la Sentencia del Supremo con el número de recurso 438/2011 ya citada, por la cual se manifiesta la supremacía generalizada de la libertad de información frente a los derechos de intimidad personal y propia imagen por considerar, como ya hemos mencionado, que esta libertad es esencial para garantizar *la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático*.

Como vemos, cuando se encuentren en conflicto, el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen solo podrá prevalecer sobre las mencionadas libertades cuando se hayan estudiado las características concretas de cada caso y judicialmente se considere que tiene más peso preservar estos derechos de personalidad frente a las libertades por entender que supone una mayor vulneración para la personalidad o dignidad de la persona a la cual se vulnera el honor, intimidad o imagen en relación con el beneficio que puede suponer el aportar o expresar una libertad o información.

Por último, creo necesario hacer un inciso y recordar que para que esta prevalencia de las libertades de expresión e información sobre los derechos de personalidad deben cumplir con sus requisitos y venir protegidas como tales derechos fundamentales por la constitución, pues como sabemos no toda información se considera respaldada por la carta magna sino que, a diferencia de la libertad de expresión que permite la difusión libre de pensamientos, ideas u opiniones, esta debe ser veraz principalmente e ir acompañada de otros requisitos como el interés público de la noticia o la exclusión de enunciados vejatorios o injuriosos (se pretende evitar que junto con la noticia informativa se incluyan pensamientos más subjetivos que puedan incluir elementos injuriosos o vejatorios que afecten a la persona objeto de la noticia en cuestión, pues el derecho a realizar una crítica no conlleva un derecho a insultar).

2. Plano individualizado del conflicto: una balanza de intereses.

La ponderación exige, además de un juicio generalizado donde se parte de una posición aventajada de las libertades de expresión e información, un estudio más pormenorizado del caso en cuestión donde se sopesarán los derechos en conflicto y se

decidirá cual prevalecerá sobre el otro en base a los intereses en juego de las personas afectadas⁵⁴.

Como veníamos diciendo en el apartado anterior, es necesario que las libertades tanto como los derechos a proteger cumplan con unos requisitos esenciales que facilitan una cobertura constitucional y por consiguiente jurisdiccional. De este modo, como hemos referido, la información deberá ser veraz, sin carácter vejatorio o injurioso y tener una cierta relevancia pública, estos requisitos serán los mismos para la libertad de expresión exceptuando la veracidad, pues como sabemos una expresión no tiene que ser cierta pues simplemente puede comunicar una idea, opinión o creencia propia y personal⁵⁵.

En el ámbito de los derechos de la personalidad deberemos tener en cuenta por un lado que el ámbito en el que se desenvuelven está delimitado, además de por las leyes, por la costumbre y los usos sociales. Atendiendo para ello al entorno, que por sus actuaciones, personalmente se preserve retenido para sí mismo o para el ámbito familiar individual. Por otro lado deberemos atender también en el caso del derecho a la propia imagen que la intromisión no vulnere el artículo 8.2 de la Ley 1/1982⁵⁶. Aunque aquí encontramos ciertas excepciones como son los casos de:

- a) Las personas públicas en lugares públicos. Cuando estamos en casos de fotos tomadas a personajes de proyección pública y en lugares abiertos al público⁵⁷.
- b) Las caricaturas. Se permiten estas como una exteriorización de humor gráfico con carácter satírico legalmente reflejada en el artículo 8.2 b) de la Ley 1/1982⁵⁸.
- c) El carácter de imagen accesoria. En este caso nos referimos a imágenes que no son consideradas el objeto primordial de la noticia o reportaje, si no que actúa a modo de accesorio para completar la información principal⁵⁹.

De este modo, y como veníamos diciendo, siempre que las libertades de expresión e información y los derechos referidos cumplan con los requisitos que se establecen (pues de no ser así no podrían ser protegidos por ser ilegítimos) podrán ser objeto de juicio de ponderación y en base a los intereses que transcurran en cada caso concreto el Juzgado o Tribunal competente decidir cuál ha de prevalecer.

C. Posición especial del menor en el conflicto.

⁵⁴ STS 18 de febrero de 2013 Rec. 438/2011 *cit.*

⁵⁵ Entre otras recogen estas premisas las SSTS de 26 de septiembre de 2008, Rec. 1849/2005 y la de 16 de octubre de 2012, Rec. 2/2010.

⁵⁶ LÓPEZ MARTÍNEZ, J.C., “Tratamiento jurisprudencial del conflicto entre libertades de expresión e información y derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Criterios de ponderación” @*Diario La Ley* Nº. 8059, 12 de abril de 2013.

⁵⁷ Entre otras la STS de 28 de junio de 2012, Rec. 818/2011.

⁵⁸ STS 20 de julio de 2011, Rec. 1745/2009 con *cit.* STS de 17 de mayo de 1990.

⁵⁹ SSTS 20 de julio de 2011, Rec. 1089/2009 y de 24 de julio de 2012 Rec. 355/2011.

Como sabemos el menor es objeto de especial protección en nuestro ordenamiento jurídico por considerarse más vulnerable e indefenso, de este modo, como no podía ser de otra manera, en el conflicto que tratamos, los intereses que van a formar parte del juicio de ponderación se verán subordinados al interés supremo del interés del menor.

De este modo, cuando estamos ante conflictos entre las libertades de expresión e información y los derechos de la personalidad del menor el asunto se tornará a favor del interés del menor cuyos derechos se ven vulnerados⁶⁰. Esto viene así establecido por numerosos cuerpos legales tanto estatales (artículo 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor) como internacionales (artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1996, artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, artículo 8 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de menores de 1985 y artículo 3 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1989).

Así pues, encontramos abundante jurisprudencia que en el momento en el que entra en conflicto la libertad de expresión e información con los derechos de la personalidad del menor, automáticamente velan por el interés de este a pesar de que las libertades mencionadas cumplan los requisitos necesarios para su defensa.

En este sentido, creo conveniente mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2012 (Rec. 304/2010), en la que se recoge expresamente lo que venimos comentando, de este modo expone lo siguiente: *aunque exista un interés general en el conocimiento de los hechos, sobre los que versa la información por su relevancia pública, y además sea veraz, comprobada y contrastada, al ser negativa en relación al menor, la difusión de datos que permitan su identificación, es innecesaria y perjudicial para el interés del menor, y solo estará amparada por las leyes, cuando el menor no resulte identificado. [...] se considerará intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales.*

Se viene priorizando así el interés del menor por encima de otro, de modo que, como ya hemos referido en otras ocasiones, cuando la figura del menor entra en conflicto, el ordenamiento se vuelve más estricto si cabe; pues, a contra de los adultos, incluso el consentimiento prestado puede revocarse si el interés del menor se ve perjudicado.

Como comprobamos, el interés del menor es un principio que rige en nuestro ordenamiento jurídico, el cual lo protege por encima de todo, por ello y por su importancia en el asunto que tratamos dedicaremos el siguiente capítulo para profundizar en él.

60. STS 18 de febrero de 2013 Rec. 438/2011 *cit.*

V. Principio del Superior Interés del Menor como rector en el conflicto entre Libertades de Expresión e Información y Derechos de la Personalidad.

Como venimos diciendo, el principio del superior del interés del menor se torna un criterio indispensable ante el conflicto entre las libertades de información y expresión y los derechos de la personalidad del menor. No obstante nos encontramos ante un principio que, a pesar de ser uno de los ejes primordiales del derecho moderno de menores, ha sido tradicionalmente de difícil delimitación conceptual por tener una naturaleza muy abstracta y generalizada así como un uso fuertemente marcado por el relativismo.

Así pues nos adentramos en un estudio más pormenorizado del principio para poder determinar la importancia que este tiene en los conflictos que hemos referido anteriormente y sobre todo la protección que brinda a los menores y su personalidad en todos los ámbitos de su vida.

A. Encuadramiento normativo del principio de interés del menor en nuestro ordenamiento jurídico.

Parece oportuno en primer lugar hacer una referencia a la postura que este ocupa en nuestro ordenamiento jurídico pues no son pocas referencias las que se hacen a él, tanto en derecho público como en privado y tanto en derecho nacional como internacional; lo que denota, más si cabe, la supremacía que este principio debe tener y tiene en nuestro ordenamiento.

Pues bien, el interés superior del menor se introduce por primera vez en nuestro derecho positivo por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, en cuya Exposición de Motivos se recogía para dar primacía al interés del adoptado, “que debe prevalecer... sobre los demás intereses en juego en el curso de la adopción”. Posteriormente, fue ya regulado con carácter general en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Con la introducción de un principio general del derecho en normas positivas, se permitió su lectura en clave de cláusula general⁶¹.

De este modo, actualmente destacamos dentro del ámbito estatal diversos cuerpos legales que contemplan este principio tales como el Código Civil (arts. 92.2, 156.5, 159, 161, 170.2 y 216), la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 141 bis y 164), la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (art. 35), la Ley de Protección Jurídica del Menor (arts. 2 y 4.3) o la Ley de Adopción Internacional (en su exposición de motivos).

De igual manera, en el plano supraestatal también nos encontramos varios preceptos dentro de distintas normas que establecen como principio rector el interés del

⁶¹ DE TORRES PEREA, J.M, “Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una importante línea jurisprudencial” en @*Diario La Ley*, N° 8737, abril 2016.

menor, tales como la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 (art. 3 y 40), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 24), el Convenio Europeo de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 6) o las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (art. 8).

A pesar del largo camino normativo recorrido en este sentido, muchas veces en la práctica se hace insuficiente, pues sobre todo en el ámbito que nos atañe (el cual trataremos más adelante) de las comunicaciones y la introducción de las nuevas tecnologías, se hace más fácil una vulneración de la persona del menor y los derechos que conlleva, lo que genera la necesidad de una pronta evolución y perfeccionamiento normativo del principio del interés del menor, el cual no deja de ser muy vulnerable ante ataques intrusivos a su intimidad, imagen u honor.

B. Delimitación conceptual del Principio Superior del Interés del Menor.

Para empezar, debemos aclarar que este principio resulta, además de un principio genérico del derecho privado, un principio constitucional procedente de una interpretación conjunta de los preceptos constitucionales 39 y 10.1; lo que conlleva una preeminencia normativa. Como principio superior de nuestro ordenamiento jurídico presta un respaldo normativo para la ciudadanía, además de supeditar a los poderes públicos⁶².

A pesar de que actualmente está delimitado legalmente, como hemos adelantado, hasta ahora ha sido un principio de difícil delimitación y además encontrábamos opiniones muy diversas entre la doctrina en este sentido. De este modo encontrábamos un sector que defendía la indeterminación conceptual parcial de este principio⁶³, mientras que otros defendían la indeterminación plena⁶⁴. De esto lo que podemos extraer, es que el principio del interés del menor, es un principio que se ajusta a la necesidad de cada caso y por tanto valora los intereses en juego así como los derechos y en función genera una protección especial a la persona del menor, aportándole una prelación efectiva cuyo objetivo primordial es evitarle un daño o desventaja⁶⁵.

El legislador no se ha mantenido ajeno al debate doctrinal y jurisprudencial suscitado en torno a este principio y ha tratado de reconducirlo a lo largo de los años, quedando definitivamente fijado el concepto del mismo por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia, que da una nueva redacción al artículo 2 de la LO 1/1996. Dicho precepto, titulado “Interés

⁶² PAÑOS PEREZ, A *El interés del menor como criterio para determinar la ilegitimidad de la intromisión en los derechos del honor, la intimidad y la propia imagen del menor. Actualidad Civil*, Nº. 8, Sección A Fondo, 2012, pág. 811, tomo I.

⁶³ CAMPS MIRABET, N, *El principio del interés superior del menor: marco normativo internacional y aplicación en el derecho interno*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 24-25.

⁶⁴ JIMÉNEZ-AYBAR, I *Diálogo sobre el principio del interés superior del menor*. en *La familia, protagonista*, Comisión Organizadora del Congreso General de Familia, 2003, pág. 487.

⁶⁵ RIVIERO HERNÁNDEZ, F, *El interés del menor*. Ed. Dykinson, Madrid, 2007, pág. 66.

superior del menor”, incorpora tanto la jurisprudencia sobre la materia del TS⁶⁶, como los criterios de la Observación General N° 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. En dicha Observación se pone de relieve que este concepto es complejo y que su contenido deberá determinarse caso por caso, en función de las circunstancias específicas de cada niño. Es flexible y adaptable; y debe ajustarse y definirse de forma individual, atendiendo al contexto, la situación y las necesidades personales.

Asimismo, el art. 2 de la LOPJM, tras su reforma por la mencionada ley, señala que: “Todo menor tiene derecho a que su interés sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como en el privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primarán el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”. Pues bien, según este artículo “a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales”: la satisfacción de las necesidades básicas del menor; la consideración de sus deseos, sentimientos y opiniones; o la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Criterios que habrán de ponderarse en función de determinados elementos generales, como: la edad y madurez del menor; la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad; o la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten.

Como podemos comprobar, este precepto, en sus distintos apartados, configura actualmente el interés superior del menor desde una triple perspectiva, abandonando ese tradicional carácter de concepto jurídico indeterminado: como derecho sustantivo, como principio jurídico interpretativo fundamental y como norma de procedimiento. Es decir, recoge el interés superior del menor como cláusula general, atribuyéndole prioridad sobre cualquier otro interés que pudiera concurrir, y con capacidad para neutralizar la aplicación de normas imperativas en la aplicación de la justicia a cada caso concreto⁶⁷.

Así pues, lo que parece quedar claro es que, este principio lo que pretende es la protección y salvaguarda de la vulnerabilidad que conlleva la minoría de edad, protegiendo no solo los bienes materiales o físicos sino también los ideales o metafísicos, como vienen siendo los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen. De modo tal que pretende dar relevancia a la prosperidad de la personalidad del menor, protegiendo todos sus derechos personales, desde la vida hasta los bienes patrimoniales o la defensa de su dignidad, preservando así la salud física y psíquica, su desarrollo físico, moral y cultural, su progreso educacional y sus derechos patrimoniales adquiridos entre otros muchos bienes jurídicos recogidos legalmente.

⁶⁶ Entre otras, las SSTS de 10 de septiembre de 2015 (3763/2015) y 17 de febrero de 2015 (8478/2015)

⁶⁷ DE TORRES PEREA, J.M, *Estudio de la... cit.*

No obstante, seguimos encontrando posturas doctrinales que defienden una postura más hermética del principio, defendiendo un contenido más particularizado del mismo como es el caso de De Lama Aymá que considera que el principio del interés del menor únicamente se basa en la protección y garantía de sus derechos fundamentales, así como el impulso del libre desarrollo de la personalidad de este.⁶⁸

Por último en lo referente al contenido de este principio, podría decirse que tiene dos cauces de diferente naturaleza, por un lado el sentido positivo y por otro el negativo:

- Se entiende por sentido positivo del principio del interés del menor, la pretensión que este principio tiene por alcanzar un objetivo que a la vez tiene dos ramificaciones: conseguir el interés y el beneficio del menor. A priori podemos pensar que se trata de una sinonimia; no obstante, el primer término parece acuñar a un sentido más materialista mientras que el segundo parece cubrir una mayor extensión de contenido. Así pues podemos concluir diciendo que el sentido positivo del principio del interés del menor pretende que cualquier decisión o resolución concerniente a la persona del mismo debe buscar su interés y/o beneficio.
- Por otro lado, entendemos como vertiente negativa del principio, la pretensión por evitar todos los resultados negativos para el menor; de este modo lo que se pretende es suprimir los daños hacia su persona, eliminar cualquier perjuicio, agravio, menoscabo a sus derechos y bienes jurídicos así como todo tipo de dolor o molestia para su persona⁶⁹.

Así pues como objetivo único y primordial aglutinamos todo lo expuesto en la afirmación de que el principio de interés del menor busca lo más beneficioso y a favor del interés de este o lo que resulte menos dañino para él pues en la práctica no todo es blanco o negro, bueno o malo, beneficioso o perjudicial, sino que hay una infinidad de escalas, entre las cuales las diferencias son muy minuciosas, por lo tanto siempre habrá de optarse por la opción menos gravosa para el menor, y en base a este principio habrá de solucionarse de la forma que cause menor menoscabo de los intereses del menor.

C. El tratamiento del interés superior del menor por la jurisprudencia.

El interés superior del menor tiene dos claras manifestaciones en cuanto a su aplicación según la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por un lado podemos destacar un ámbito de aplicación en el derecho de familias (art. 39 CE) y por otro en el sector de los derechos fundamentales, más concretamente en sus derechos de personalidad (art.20.4 CE).

1. El principio del interés del menor en el derecho de familias: el *favor filii*.

⁶⁸ *La protección de los derechos... cit.* Págs. 95-97.

⁶⁹ ALCON YUSTAS Y MONTALVO JAASKELAINEN, *Los menores.... cit.* Pág. 66

En el derecho de familias, el supremo tiene presente este principio superior en dos grandes sectores que, aun estando dentro del ámbito de familia, quedan claramente diferenciados. De este modo contemplamos el principio del interés del menor en el área de la guarda y custodia de su persona y por otro lado en lo referido a su adopción y/o acogimiento.

En este sector del derecho de familias el interés superior del menor viene siendo reconocido como *favor filii* y consiste en la protección plena e integral de los hijos menores en cualquier proceso en los que formen parte o en los que sus intereses puedan verse influidos. Así pues este principio está muy presente en procesos de separación o divorcio cuando hay presencia de menores; de esta manera las decisiones que los Tribunales o Juzgados competentes tomen deberán ser tomadas bajo la primacía del interés del menor o *favor filii*⁷⁰.

De acorde con ello, en todo momento se tendrá en cuenta este principio cuando se decida que progenitor es el que debe hacerse cargo de guarda y custodia del menor, de forma que siempre se deberá escuchar al menor incluso siendo menor de doce años, siempre que tenga suficiente madurez y juicio; y siendo su audiencia de carácter preceptivo (art. 92.6 CC). De igual forma también prima este principio en decisiones sobre alimentos, viviendas o regímenes de visitas⁷¹.

En este sentido, encontramos jurisprudencia del Supremo como por ejemplo la Sentencia 84/2011 de 21 de febrero, en la que se declara que las medidas que se deben adoptar para la protección del menor en situaciones de riesgo para el mismo, sobre todo cuando la medida a adoptar sea la separación del núcleo familiar, se deberá tener siempre en cuenta el valor superior del interés del niño.

Por otro lado tenemos las figuras de adopción y acogimiento de menores que se encuentran en situaciones de riesgo (artículo 17 de la LO 1/1996) o desamparo (artículo 172.1 CC), son figuras que la Administración establece para velar por el desarrollo físico, social y psicológico, la seguridad del menor, la satisfacción de sus necesidades... para lo cual la administración competente tiene en cuenta con carácter decisivo el interés del menor.

De esta forma, todas las medidas que los Tribunales o Juzgados adoptan para suplir la situación de riesgo o desamparo del menor tendrán en cuenta en todo caso el interés del mismo como objeto primordial y principal. En este sentido encontramos sentencias como la del Tribunal Supremo número 565/2009 de 31 de julio, referente a la declaración de desamparo de un menor y acogimiento preadoptivo.

En esta sentencia se determinó que para decidir la vuelta del menor en situación de desamparo a su familia biológica no es suficiente con un progreso de los padres biológicos, ni con su objetivo de llevar a cabo de forma adecuada el papel paterno y/o

⁷⁰ AÑÓN CALVETE, J *El interés del menor*. @El derecho.com 2015

⁷¹ GIL ANTÓN, A.M *El derecho a la...* cit. Pág. 156.

materno, sino que es necesario que este progreso sea apto para restituir el núcleo familiar en condiciones que conlleven la supresión del riesgo de desamparo del menor y consigan resarcir su interés. Para ello el Supremo tiene en cuenta diversas circunstancias como por ejemplo, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, la integración del menor en ella así como los lazos afectivos que se hayan desarrollado, si la familia de acogida es más beneficiosa para su desarrollo físico y psíquico etc. Todas ellas relativas al interés del menor.

2. El principio del interés del menor en relación con la salvaguarda de sus derechos de la personalidad.

Cuando hablamos del interés del menor en el ámbito de sus derechos de personalidad, nos referimos a la presencia e importancia que tiene la defensa de este principio cuando los referidos derechos entran en colisión con las libertades de expresión e información. Pues, como sabemos, los poderes públicos tienen la obligación de velar por este principio superior y buscar siempre lo más beneficioso para el menor.

En este sentido, y de acuerdo con Gil Antón⁷², si ya partíamos de la base de la dificultad de encuadrar el contenido del principio del interés del menor teniendo en cuenta todos los factores que pueden influir en cada situación singularizada; la situación se volvía más aguda cuando entraban en juego con los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen debido al (también) carácter subjetivo que poseen tales derechos de la personalidad. Por lo tanto, en una situación de conflicto o colisión con otros intereses o derechos, se generaban situaciones muy difíciles de solventar.

En este sentido, actualmente partimos de lo dispuesto en nuestra Constitución, la cual recoge, como ya sabemos, en su artículo 20 (apartado primero) las libertades fundamentales de expresión e información y acota como límites a las mismas en el apartado cuatro del mismo precepto “el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

Como vemos la propia Constitución viene fijando como elemento determinante en resolución de conflictos entre derechos al honor, intimidad y propia imagen *versus* libertades de expresión e información, el interés del menor, el cual viene englobado dentro de la protección de la juventud e infancia. De esta manera, lo que veíamos en capítulos anteriores, en los cuales referíamos la preminencia de las libertades de expresión e información ante un conflicto con los derechos de la personalidad de las personas adultas, cuando entra en juego la figura del menor de edad se vuelve en sentido contrario y pasan los derechos de la personalidad de estos a ganar la preminencia en el conflicto⁷³.

⁷² *El derecho a la propia imagen... cit.* Pág. 173.

⁷³ En este sentido se pronuncia, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid Nº 95/2016 de 17 de febrero en la cual se recoge o siguiente: “la Sentencia de 30 de junio de 2015, nº 383/2015, la

Sin embargo, y de acuerdo con Paños Pérez⁷⁴, no debemos olvidar que la expresión e información también son libertades fundamentales y como tales también son objeto primordial de defensa de nuestros órganos jurisdiccionales, por tanto, de lo que se trata es de encontrar una armonía entre estas libertades y la defensa de los intereses de los más pequeños.

Así pues, en definitiva, el interés del menor en el ámbito de los derechos de su personalidad, se basa en la necesidad de proteger la falta de madurez y desarrollo psíquico y físico del menor, lo que le hace más vulnerable ante este tipo de intromisiones; por ello es necesario que las informaciones sobre menores se realicen con un resguardo especial de sus derechos fundamentales⁷⁵.

VI. Protección de los menores de edad en y frente a los medios de comunicación.

A. Cuestiones Preliminares.

Bien es sabido que el conflicto entre los derechos de la personalidad y las libertades de comunicación y expresión es constante y, como ya tratamos anteriormente, existe una relevancia superior para la jurisprudencia del respeto ante estas libertades frente a los derechos de la personalidad por considerar que existe un interés mayor en la defensa de estas frente a un interés individualizado de la defensa de los derechos de la personalidad; no obstante y como también sabemos, se realizan juicios de ponderación donde se estudia cada caso pormenorizado y los intereses que entran en juego para la defensa de unas u otros.

Ahora bien, y centrándonos en la figura del menor, la situación cambia cuando entran en el conflicto los derechos al honor, intimidad o propia imagen de un menor de edad, ya que en este periodo, el niño o adolescente, se encuentra en pleno desarrollo de su persona, que no solo física, sino también moral y en desarrollo de una madurez que demarcarán futuramente las condiciones de su persona.

Por todo esto, se viene considerando primordialmente la defensa de estos derechos de la personalidad del menor suponiendo así un límite a las libertades de expresión e

Sala Primera del Tribunal Supremo, recuerda la especial protección legislativa de los menores de edad en relación con su derecho fundamental a la propia imagen - artículo 18.1 de la Constitución Española, Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, artículo 7.5 y artículo 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica de Menor -, reforzada en el ámbito internacional y especialmente enfatizada por el artículo 39.4 de la CE. Así mismo menciona la doctrina del Tribunal Constitucional, en concreto la Sentencia 158/2009, de 29 de junio, que establece que en «la captación y difusión de fotografías de niños en medios de comunicación social, es preciso tener en cuenta (...) que el ordenamiento jurídico establece en estos supuestos una protección especial, en aras a proteger el interés superior del menor». Y añade que «ni existe un interés público en la captación o difusión de la fotografía que pueda considerarse constitucionalmente prevalente al interés superior de preservar la captación o difusión de las imágenes de los menores en los medios de comunicación...».

⁷⁴ *El interés del menor... cit.* Págs. 11-12.

⁷⁵ DE LAMA AYMÁ, A, *La protección de los... cit.* Págs. 255-256.

información en aras de la defensa del interés superior del menor mundialmente reconocido.

Así, a modo de ejemplo en derecho comparado, encontramos ordenamientos como los de Alemania, Grecia, Finlandia, Noruega o Suecia en los que se recoge la prohibición de mostrar los nombres de menores relacionados con delitos o incluso de publicar fotografías suyas debido a que puede afectar a su posterior rehabilitación y procurando así la protección de su futuro personal y profesional así como facilitarles la redención al amparo de la sociedad⁷⁶.

Aunque esta protección parece dirigida únicamente a velar por los menores en lo referido a materia delictual, esta protección se extiende a muchos otros ámbitos en los que el interés del menor prima sobre la libertad de expresar una opinión o informar sobre un suceso. No obstante, como ya hemos estudiado, es siempre necesario realizar un juicio de ponderación para dilucidar los intereses que hay en juego, aunque partimos siempre de la base del respeto y relevancia del principio del interés del menor.

Como sabemos, la libertad de información debe cumplir ciertos requisitos para poder amparar su protección ante los órganos jurisdiccionales; para ello deberá ser veraz, contribuir al interés público y no incluir expresiones vejatorias o injuriosas. Pues bien, cuando la figura de un menor se ve involucrada en cierta información, estos criterios deben ser ampliados y concretados, no siendo suficiente para la protección del menor su mero cumplimiento; de modo tal, que toda materia informativa que aborde la intimidad de un menor deberá carecer de subjetividad alguna y ceñirse únicamente al carácter objetivo e informativo.

De este modo, cuando la información relativa a un menor de edad deba publicarse por tener un gran interés público, y cumpla con los demás requisitos mencionados, deberá tenerse en cuenta además la necesidad de no identificar al menor en una información que pueda ser perjudicial para su interés, debido a que estos datos identificativos no se consideran relevantes para el interés público ni contribuyen a la opinión pública, por lo tanto, deberá informarse respetando en todo caso a la persona del menor y con la profesionalidad que se presupone⁷⁷.

B. La especial situación del menor delincuente.

Como venimos diciendo, estos requisitos se estiman necesarios cuando la información que se pretende dar es perjudicial para la figura del menor y su persona, pues como sabemos cuándo la información que se ofrece no es perjudicial para el menor, basta con que los padres o representante legales de este o incluso él mismo (si

⁷⁶ BARROSO ASENJO, P, *Límites constitucionales al derecho de la información*, págs. 90-91. Ed. Mitre, Barcelona 1984.

⁷⁷ PAÑOS PÉREZ, A, *El interés del menor... cit.* Pág. 12.

goza de la suficiencia de madurez y juicio) presten el consentimiento para publicar información concerniente a su persona o incluso usar su imagen⁷⁸.

En el caso contrario, cuando la información conlleva un perjuicio para el menor, como sabemos, deberán tomarse ciertas medidas que fijen su protección. En este sentido, el párrafo segundo del artículo 7.1 de la Ley 7/2010 de 31 de marzo sobre la Comunicación Audiovisual, nos dice que “en todo caso, está prohibida la difusión del nombre, la imagen u otros datos que permitan la identificación de los menores en el contexto de hechos delictivos o emisiones que discutan su tutela o filiación”.

En el mismo sentido se pronuncia también la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores en su artículo 35.2 advirtiendo que “el Juez podrá acordar, en interés de la persona imputada o de la víctima, que las sesiones no sean públicas y en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación”. La fundamentación de esta prohibición la encontramos en el propio interés del menor, pues el hecho de hacer estos datos identificativos de su persona en relación con un hecho delictivo puede traerle consecuencias negativas a lo largo de su trayectoria y desarrollo personal, dificultando con ello su reinserción y rehabilitación.

De Lama Aymá⁷⁹, se pronuncia en este sentido añadiendo que el hecho de prohibir la publicación de datos identificativos del menor que ha llevado a cabo la consumación de un delito está fundamentado en la falta de desarrollo intelectual y emocional del menor que le imposibilita para afrontar la situación de gran repercusión mediática que estas situaciones provocan y por tanto, se puede ver más afectado que un adulto en la misma situación por el repudio social que puede causarle y por tanto impidiendo su normal desarrollo personal.

Considero además de gran importancia la mención de la Instrucción del Ministerio Fiscal 2/1993 de 15 de marzo sobre la función del Ministerio Fiscal y el Derecho a la Intimidad de los Menores Víctimas de un Delito relativa a la debida labor de los Fiscales para evitar ese daño que venimos mencionando al menor causante de un delito.

No obstante lo expuesto, la realidad practica difiere mucho de esta teoría, pues lo normal es que en estos procesos se le dé primacía a la información en lugar de al interés del menor en cuestión. Además los medios de comunicación tienden a incluir información que normalmente en situaciones análogas cuyos protagonistas son adultos no se incluye, tales como la situación y el entorno familiar, la existencia de problemas personales y un sinfín de detalles que no concurren en la formación de opinión pública y no se consideran vinculantes al interés de público; de forma que atentan no solo contra

⁷⁸ .Artículo 7.1 de la Ley 7/2010 sobre la Comunicación Audiovisual: *Los menores tienen el derecho a que su imagen y voz no sean utilizadas en los servicios de comunicación audiovisual sin su consentimiento o el de su representante legal, de acuerdo con la normativa vigente.*

⁷⁹ “La protección de los derechos...” cit. Págs. 270-271.

su imagen sino también contra su intimidad personal, familiar y su honor, produciendo daños muy difíciles de reparar⁸⁰.

C. Especial mención al derecho a la imagen del menor.

En el caso de las personas adultas, cuando tienen una proyección pública, se obligan a soportar ciertas intromisiones a sus derechos al honor, intimidad y propia imagen provocadas por informaciones y opiniones⁸¹. De forma tal que, cuando una persona se expone de forma voluntaria ante un medio de comunicación, exhibiendo al público su vida privada, acepta con ello entrar en la esfera de la fama, y por consiguiente, en los ámbitos en los que ha prestado su consentimiento, su derecho a la propia imagen se suprime, su derecho al honor se ve mermado y su derecho a la intimidad se disuelve; formando a ser así personajes públicos que con sus acciones delimitan sus propios derechos de personalidad y se prestan a ser objeto de opinión pública.

No obstante, con el menor esto no sucede pues tiene una protección más fortificada, de modo que si un menor tiene proyección pública no va a conllevar un menoscabo de sus derechos de personalidad como pasa con las personas adultas. De esta manera el menor que aparece públicamente en un medio de comunicación de forma voluntaria y bajo consentimiento prestado, no abre las puertas a estos para la intromisión a su intimidad, su derecho al honor sigue primando como si fuese anónimo y el derecho a la imagen únicamente se verá diluido en aquellas situaciones en las que el menor o sus representantes legales hayan prestado un consentimiento para el uso o publicación de dichas imágenes⁸².

Pues bien, en la actualidad no son pocos los programas televisivos donde los menores son los protagonistas, apareciendo no solo en series o películas, sino también en *reality shows* como por ejemplo “La Voz Kids”. En estas situaciones la imagen de los menores es utilizada y mostrada a un público muy extenso por lo que de cierta manera puede verse más vulnerable.

Para la protección del menor en estas situaciones la jurisprudencia viene dotando de interés fundamental e imprescindible el consentimiento prestado para la utilización de estas imágenes, y en sintonía encontramos sentencias como la del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2008 en la cual se fija la necesidad de que el consentimiento que se ha de prestar para utilizar imágenes de menores, sea expreso y por escrito, y no se interpretará como autorización a tal efecto el mero silencio de los padres o tutores o la del 11 de marzo de 2009 en la que se expone que *el consentimiento de los padres para la utilización de la imagen del menor ha de ser expreso, no deducido de actos previos, aunque incluso, como se dijo anteriormente, en supuestos de fotografías de menores, aun existiendo consentimiento, podría haber intromisión ilegítima.*

⁸⁰ PAÑOS PÉREZ, A, *El interés del menor... cit.* Pág. 14.

⁸¹ MORILLAS FERNÁNDEZ, M, *Menores y medios de comunicación. Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia* págs. 14-15.

⁸² STS 6239/2011 de 6 de septiembre.

En este sentido también toma cierta importancia el Ministerio Fiscal, pues en su Instrucción 2/2006 de 15 de marzo, se menciona la facultad que el Fiscal tiene para poder intervenir en forma de demanda en dos situaciones distintas del otorgamiento de consentimiento (aunque también viene referida a la defensa de los derechos al honor y a la intimidad del menor, cobra especial importancia en el ámbito de la protección a la propia imagen); por un lado cuando el consentimiento es prestado por el menor y por otro cuando media autorización de los progenitores o representantes legales. De este modo, el Fiscal podrá demandar las situaciones en las que el menor ha prestado consentimiento sin la suficiencia de madurez exigida o cuando, aun existiendo tal madurez, exista un daño grave y manifiesto a su persona con la realización de las actividades consentidas. De otro lado, en lo que a la autorización de padres o representantes legales se refiere, la actuación de la Fiscalía tiene un carácter más excepcional y deberá justificarse en una “cualificada intensidad lesiva de la intromisión”. Así pues, la actuación del Ministerio Fiscal queda reducida únicamente a las situaciones en las que existe un perjuicio para el menor de edad⁸³.

Uno de los casos más recientes respecto a la protección de los menores en los medios de comunicación es este programa que la cadena Cuatro tenía previsto emitir a finales del pasado mes de junio (2016), “Proyecto Bullying”, y que fue paralizado a instancia de las Fiscalías de Menores correspondientes, por considerar que perjudicaba el interés superior de los menores que aparecían en el mismo. Dicho programa abordaba el tema del acoso escolar, recogiendo testimonios tanto de menores protagonistas del acoso como de personas afectadas de su entorno. Así, los menores protagonistas aparecían en pantalla sin ningún tipo de filtro visual o sonoro; mientras el resto de personas que aparecían en el reportaje (compañeros de clase, profesores, directores...), lo hacían con sus rostros y voces completamente distorsionados para evitar su posible identificación. A pesar de que la Cadena, que remitió previamente los episodios grabados a la Fiscalía para la autorización de la emisión, ha asegurado a los medios de comunicación que en esos casos contaban con la autorización expresa de sus padres, la Fiscalía argumenta en su requerimiento la aparición de menores perfectamente identificables en las imágenes.

Esta situación se podría haber evitado utilizando mecanismos para impedir la identificación de los menores, como sí se había previsto para los otros implicados que aparecían en el Programa. En este caso, aplaudimos la labor preventiva de las Fiscalías que han intervenido eficazmente antes de que se produzca el daño a los menores.

De esta forma, como vemos, lo que se trata es de establecer una protección esencial al menor de edad que aun habiendo consentido la utilización pública de su imagen, ya sea por consentimiento propio o de sus representantes legales, se establecen medios para su protección en los casos considerados lesivos para su interés, pues como

⁸³ HERRERA DE LAS HERAS, R, “El derecho a la propia imagen de los menores de edad ante los medios de comunicación”. @*Diario La Ley*, N° 8319, Sección Tribuna, 27 de mayo de 2014. Ed. LA LEY, Pág. 5.

ya hemos visto, este interés del menor se superpone en estas situaciones, posibilitando una situación más beneficiosa para su desarrollo personal.

D. La defensa del menor frente a los medios de comunicación, una perspectiva educativa.

Hasta ahora nos hemos fijado en la defensa del menor en los medios de comunicación cuando él es parte activa en el proceso de información o de comunicación lúdica. No obstante considero que también es importante una mención a la defensa del menor frente a los medios de comunicación, pues cada vez más acostumbramos a dejar parte de la educación del menor en manos de medios como la televisión y programas educativos, lo que hace más necesario a mi parecer el tratamiento de esta otra perspectiva de la defensa del menor en relación con los medios de comunicación, pues estos medios y la información o comunicación que proporcionan pueden incidir, y de hecho inciden, en la personalidad del menor captor.

De este modo, y de acuerdo con Núñez Zorrilla⁸⁴, la emisión de información incide de manera decisiva en la sociedad y tiene un gran impacto en la formación de la imagen global del mundo y de ciertos valores, sobre todo en el sector de la población que aún se haya desarrollando su personalidad y por tanto no goza de la suficiencia de madurez para diferenciar lo verdadero de lo irreal, siendo así más vulnerables a ciertos estímulos e influencias y convirtiéndose en el sector más manipulable para los medios.

Todo ello puede ser muy positivo, pero también negativo, pues los medios de comunicación tienden a fijar estereotipos en *los mensajes y personajes, empleando tópicos y fortaleciendo clichés y esquemas sociales*⁸⁵, y ello ligado a la transmisión de valores y la contribución que hace a una percepción del mundo que nos rodea, puede incidir en la formación de la personalidad y desarrollo moral de los más pequeños, contribuyendo indirectamente en su educación y percepción de la realidad; de modo que tienden a “copiar” conductas y pautas que ven y reconocen como habituales.

De este modo, los menores aprenden contenidos, acceden a información, y son capaces, integrar prácticas sociales a través de lo aprendido en un programa de televisión asumiéndolos como comportamientos habituales en su vida. Además y ahondando más en esta cuestión, debemos mencionar también el gran papel que juega en esto la publicidad mediática, que muchas aun con una finalidad económica y comercial intrínseca tiende a mostrar un realidad que muestra un mundo idealizado con unos valores poco adecuados. Incluso, hay publicidad cuyos contenidos no son lo más apropiado para un menor de edad, los cuales pueden tratar temas sexuales, violentos, de consumo de estupefacientes o simplemente mostrar con cierta ironía situaciones

⁸⁴ *La protección de los derechos del menor de edad frente a los contenidos discriminatorios por razón de género en los medios de comunicación*. Ed. Dykinson, 2010, pág. 25.

⁸⁵ VEGAZO PALACIOS, V.M; *La influencia de la violencia de los medios audiovisuales en los menores de edad*. Luces en el Laberinto Audiovisual. Congreso Iberoamericano de Comunicación y Educación. (En línea) <http://www.ateiamerica.com/doc/lainfluencia.pdf>.

anormales y poco correctas que el menor no es capaz de captar; de modo que puede estos contenidos pueden incidir de forma poco positiva en el menor y su desarrollo.

En este sentido y para la mejor protección del menor frente a los medios de comunicación encontramos en nuestro ordenamiento jurídico cuerpos legislativos como la ya mencionada Ley General de la Comunicación Audiovisual 7/2010 de 31 de marzo, en la cual se recogen ciertas pautas que los medios de comunicación deberán respetar, más específicamente en su artículo 7 bajo la rúbrica *Los derechos del menor*. Así pues en su apartado segundo nos dice que quedará prohibida “la emisión de contenidos audiovisuales que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores, y, en particular, la de aquellos programas que incluyan escenas de pornografía, maltrato, violencia de género o violencia gratuita”. Además, esta ley viene determinando unas franjas horarias en las que se fija una mayor protección por tener un mayor índice de audiencia menor de edad⁸⁶, así como, fija una franja horaria en la que estará permitido emitir contenidos mal-influenciables para los más pequeños e incidan de manera perjudicial en su desarrollo⁸⁷, los cuales deberán ir acompañados de un aviso previo acústico y visual, debiendo mantenerse este último durante toda la emisión de dicho contenido. Por último la ley fija también una franja horaria para los programas dedicados al azar y apuestas⁸⁸ y para los de contenido esotérico y paracientífico⁸⁹.

E. Responsabilidad civil por atentar contra los derechos de la personalidad del menor.

Como sabemos, en Derecho, siempre que se provoca un daño o un perjuicio a otro surge la necesidad y obligación de reparar y compensar el daño causado. En el Derecho Civil esta compensación de daños suele tener un carácter patrimonial o monetario y es lo que conocemos como indemnización.

Pues bien, cuando una persona (física o jurídica) o un medio de comunicación cometa una falta procediendo a atentar contra los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen de otra persona, la Ley 1/1982 de 5 de mayo sobre la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, nos dice en su artículo noveno lo siguiente:

“1. La tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente ley podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo cincuenta y tres, dos, de la Constitución. También podrá acudir, cuando proceda, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. 2.

⁸⁶ “...se establecen tres franjas horarias consideradas de protección reforzada, tomando como referencia el horario peninsular: entre las 8 y las 9 horas y entre las 17 y las 20 horas, en el caso de días laborables, y entre las 9 y las 12 horas sábados, domingos y fiestas de ámbito estatal. Los contenidos calificados como recomendados para mayores de 13 años deberán emitirse fuera de esas franjas horarias, manteniendo a lo largo de la emisión del programa que los incluye el indicativo visual de su calificación por edades. Será de aplicación la franja de protección horaria de sábados y domingos a los siguientes días: 1 y 6 de enero, Viernes Santo, 1 de mayo, 12 de octubre, 1 de noviembre y 6, 8 y 25 de diciembre.”

⁸⁷ “...solo podrán emitirse en abierto entre las 22 y las 6 horas”

⁸⁸ “...solo pueden emitirse entre la 1 y las 5 de la mañana”

⁸⁹ “solo podrán emitirse entre las 22 horas y las 7 de la mañana”

La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados. 3. La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma. 4. El importe de la indemnización por el daño moral, en el caso del artículo cuarto, corresponderá a las personas a que se refiere su apartado dos y, en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. En los casos del artículo sexto, la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado. 5. Las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas.”

Así pues, como vemos, ante una intromisión a los mencionados derechos de la personalidad y siempre que el Tribunal o Juzgado competente estime concurrencia de daño a la persona titular de esos derechos, se podrá reclamar una indemnización ante los órganos jurisdiccionales.

En el caso de los menores no emancipados, como ya sabemos, no tienen legitimidad para formar parte de un proceso civil al considerar que no tienen plena capacidad de obrar, de modo que serán sus padres o representantes legales los que deberán ejercer la acción civil cuando se considere daño cometido (art. 162 CC).

Finalmente y a modo de ejemplo, encontramos en este sentido Sentencias como la de la Audiencia Provincial de Madrid con fecha de 17 de febrero de 2016, en la que se concede una indemnización por daños morales causados por un conocido diario a una menor por atentar contra sus derechos de la personalidad. A la hora de fijar una cierta cantidad indemnizatoria, el órgano jurisdiccional competente se encarga de evaluar los daños atendiendo a la edad del menor, sus derechos vulnerados, la difusión de la noticia o información en la cual se produce la intromisión de los derechos al honor, la intimidad o la propia imagen así como los beneficios obtenidos por el medio en cuestión por haber las publicado y teniendo en cuenta además la incidencia que ese atentado haya podido tener en la vida y en la esfera personal del menor.

VII. Protección del honor, la intimidad y la imagen del menor de edad en Internet y Redes Sociales.

Para poner fin a este trabajo, considero necesario hacer una referencia a los derechos de la personalidad del menor en relación con las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (TIC), que cada vez están siendo más desarrolladas y a la misma vez más usadas por un público tan amplio que prácticamente cubre todas las edades. El ejemplo mundialmente usado y al alcance de todos es el Internet, con él podemos acceder a una innumerable cantidad de información de (y desde) cualquier punto del mundo a una velocidad casi inmediata; por todo ello se nos ha llegado a definir como “sociedad de la información”⁹⁰.

Actualmente, los menores de edad son usuarios asiduos de Internet y de una innumerable lista de aplicaciones móviles, de hecho en muchas ocasiones demuestran tener habilidades superiores a las de las personas adultas y ello es debido a su gran capacidad para aprender y adaptarse a lo novedoso; condiciones que favorecen la creciente presencia de menor de edad en este medio.

Así pues, encontramos estadísticas recientes como la siguiente que demuestran el gran uso de las nuevas tecnologías por los menores de edad y que se ve incrementado con el paso de los años.

	Uso de ordenador	Uso de Internet	Disposición de móvil
Total	95,1	93,6	67,0
Sexo			
Hombres	95,3	93,0	64,4
Mujeres	94,9	94,2	69,8
Edad			
10	90,8	88,0	29,7
11	93,9	94,5	42,2
12	96,6	92,0	69,5
13	96,1	96,2	78,4
14	96,5	95,8	90,4
15	96,3	94,8	90,9

Fuente: Instituto Nacional de Estadística (INE).

Las redes sociales han invadido nuestra vida y entrañan unos peligros jurídicos que se incrementan alarmantemente respecto a los menores⁹¹ los cuales se familiarizan

⁹⁰ NÚÑEZ ZORILLA, M.C *La protección de los... cit.*

⁹¹ Lo primero que llama la atención es que cualquiera con un ordenador delante puede abrir una cuenta en una red social, no hay requisitos, y cuando los hay, se pueden fácilmente sobrepasar pudiendo un menor o un incapaz abrir cualquier tipo de perfil falso desde el comienzo. Esto genera ya un primer factor de

con un uso desinhibido de las mismas a edades cada vez más tempranas. No es de extrañar que, en este contexto, se haya acuñado el término “nativos digitales”⁹² para aquéllos menores entre 3 y 11 años que han nacido y desarrollan su personalidad familiarizados de forma natural con un entorno digital. Según la Comisión Europea, la edad de comienzo a navegar por Internet es de 7 años, y desde entonces, su uso se va incrementando progresivamente.

De este modo encontramos datos como la encuesta sobre hábitos de uso y seguridad de Internet de menores y jóvenes en España realizada por el Ministerio de Interior en junio de 2014, en la cual se recoge que el 60% de los niños entrevistados usa Internet todos los días y la frecuencia más habitual es entre 1 y 2 horas, aunque estos porcentajes aumentan a medida que van creciendo.

Como comprobamos el uso de las TICs por menores es prácticamente universal en nuestro país, esto supone un gran avance en sus métodos educacionales, comunicativos o lúdicos debido a la gran facilidad con la que se puede acceder a estos recursos. Ello hace que hoy en día Internet se convierta en un utensilio básico e imprescindible para el menor ya que le permite realizar funciones muy importantes como aprender y poder comunicarse con el resto del mundo, lo que hace que internet se haya convertido junto con los padres y los educadores otro gran agente de socialización en pautas de pensamiento, conocimiento y comportamiento⁹³.

Estas herramientas pueden ser de lo más útiles, de hecho en muchos centros escolares los ordenadores o *tablets* se están convirtiendo en los sustitutos del tradicional papel, de este modo los niños llevan todos los libros de texto en estos dispositivos más ligeros e incluso realizan sus tareas en ellos; no obstante es imprescindible enseñarles a diferenciar la información útil o constructiva de la dañina⁹⁴. En este sentido ya hay webs como por ejemplo www.tudecideseninternet.es, en la que se ofrece una educación para el buen uso de Internet no solo para los menores sino también para padres y centros docentes.

De igual modo estas tecnologías también se han convertido en la principal herramienta de entretenimiento de los más pequeños, disponiendo de videoconsolas, aplicaciones para móviles y un sinnúmero de instrumentos que les permite el acceso a Internet y comunicarse al mismo tiempo con otras personas (conocidas o no).

inseguridad jurídica: como tal existe una presunción iuris tantum de falsedad en lo que se dice en el perfil. CARRETERO SÁNCHEZ, S., “Las redes sociales y su impacto en el ataque a los derechos fundamentales: aproximación general” en *@Diario La Ley*, N° 8718, 9 de marzo de 2016).

⁹² Así se señala en una investigación promovida por la sociedad norteamericana Emarketer. Vid. *Redes sociales y privacidad del menor*, Piñar Mañas, J.L. (Dir.), Reus, 2011, págs. 38-39.

⁹³ LORENTE ARENAS, S y MARTÍN MARTÍN-POZUELO, J. M; *Infancia, juventud e Internet: nociones básicas y principios para su buen uso*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Universidad Politécnica de Madrid (En línea) <http://www.mtas.es>.

⁹⁴ DE ANDRÉS BLASCO, J; *Introducción general. ¿Qué es Internet?. Principios de Derecho de Internet*. Valencia, 2002. pág. 90.

Así pues, aunque pueden resultar herramientas muy útiles, también pueden ser muy peligrosas cuando se trata de personas tan vulnerables e influenciables como los menores; de modo que un mal uso de las mismas puede acarrear un desarrollo inadecuado de su personalidad. En este sentido encontramos investigaciones como la realizada por el Centro de Educación Mediática (*Center for Media Education*) en la que se recogen las dos principales amenazas para los menores en la Red:

1. El riesgo de la invasión a su privacidad por medio de la solicitud on line de datos de carácter personal, así como por el seguimiento que se hace de las actuaciones de éstos en la Red, y
2. la explotación de su vulnerabilidad frente a las nuevas formas de publicidad ilícita, falsa y engañosa, que ponen en peligro la salud y seguridad de éstos.⁹⁵

En definitiva, el uso de Internet y el resto de tecnologías pueden resultar muy beneficiosas e incluso contribuir al buen desarrollo del menor, no obstante considero que es necesario enseñar a hacer un buen uso de las mismas y sobre todo realizar una supervisión de la actuación del menor en la Red por parte de sus responsables, pues de no ser así puede causar un grave perjuicio en sus bienes jurídicos básicos, tales como la intimidad, la imagen, el honor o la dignidad, la libertad sexual etc.

A. La privacidad en internet.

Como sabemos las nuevas tecnologías no paran de desarrollar e innovar nuevos medios para, hacer más fácil la comunicación entre las personas así como para universalizar la información y eliminar las barreras que surgen para ello. No obstante este desarrollo puede resultar no del todo beneficioso para las personas, para su privacidad y los derechos fundamentales recogidos en el artículo 18.1 y 18.4 de nuestra Constitución.

Hace escasos años llegaba a ser impensable que una imagen o información pudiera recorrer el mundo en cuestión de segundos y hacerse viral en un mismo día, no obstante, actualmente es de lo más común encontrarnos con estas situaciones, en las que personas (famosas o no) ven vulnerada su privacidad por la facilidad que nos prestan las nuevas tecnologías para hacer pública cierta información y para que esta pueda llegar de un extremo del mundo al otro en un corto periodo de tiempo.

Así pues, estos nuevos avances pueden resultar peligrosos en ciertas situaciones, sin embargo, y de acuerdo con Gil Antón⁹⁶. El concepto de privacidad también está cambiando de forma simultánea con estos avances tecnológicos, pues muchas veces anteponeamos ofrecer u obtener cierta información (personal o no), o interrelacionarnos con otros usuarios a nuestra propia privacidad. Nos encontramos ante una población que

⁹⁵ PRENAFETA RODRÍGUEZ, J; *La privacidad de los menores y el marketing a través de Internet*. Noticias Jurídicas, 2002. (En línea) <http://noticias.juridicas.com>.

⁹⁶ *El derecho a la... cit.* Pág. 74.

ha nacido y crecido en la era de la “Web 2.0”, en la que es prácticamente imposible de concebir una vida sin Internet, ordenador o *Smartphone*; estas son herramientas indispensables para cualquier persona en el día de hoy tanto en el ámbito personal como profesional.

De esta forma, aunque muchas veces se pueda sentir amenazada la privacidad de los sujetos usuarios de estas nuevas tecnologías, parece que esta preocupación desaparece o pasa a un segundo plano cuando se accede a un medio virtual, la población tiene otras prioridades como comunicarse de forma rápida y/o acceder a un cierto contenido. De hecho gran parte de la población que ha manifestado que siente que su privacidad está amenazada con el uso de Internet y las Redes Sociales ha reconocido no leer las condiciones de privacidad de los sitios que frecuentan⁹⁷.

Si existen amenazas a la privacidad y demás derechos de la personalidad en la Red para las personas adultas, estos riesgos aumentan considerablemente cuando los usuarios son menores de edad y no son conscientes de las amenazas que existen ni del papel que desempeñan. Resultan mucho más difíciles de interpretar y comprender ciertas situaciones para ellos, debido a su falta de madurez o inocencia que, añadido al desconocimiento del medio donde se relacionan, comunican e incluso exponen públicamente aspectos de su vida, pueden recrearle situaciones con un alto grado de peligro y la mayoría de veces imposibles de solventar con su escasa edad.

1. El papel de la madurez del menor con respecto a su privacidad en Internet.

Nos encontraríamos aquí con el problema de precisar cuándo se entiende que un menor goza de la suficiencia de madurez para el uso de las TICs. Como ya sabemos, la jurisprudencia viene fijando la franja entre los 14 y los 16 años como edad mínima a partir de la cual el menor puede considerarse suficientemente maduro, no obstante, se cree que la precoz iniciación en el uso de Internet por parte los menores actualmente podría rebajar la edad mínima hasta los 12 años, edad a la que ya podrían ser conscientes de sus propios actos y de las repercusiones de los mismos (edad establecida incluso en el CC para tener en cuenta a los menores en determinadas circunstancias).

Sin embargo encontramos aquí posturas doctrinales contrarias como la de Alberruche Díaz-Flores⁹⁸, quien considera que “Es muy probable que el menor, por muy maduro que sea, no valore ni comprenda el alcance o repercusión que una imagen cedida o unas palabras manifestadas en su edad puedan tener en su derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen en un futuro próximo y no tan próximo”.

En este sentido, como veníamos diciendo, la edad media de empezar a navegar por Internet es a los 7 años y el 50% de los menores de 12 años tiene perfil en las redes

⁹⁷VILASEU SOLANA, M, “Privacidad, redes sociales y el factor humano”; en la obra dirigida coordinada por RALLO LOMBARTE, A y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R; *Derecho y redes sociales* Pág. 74.

⁹⁸ “Protección especial de los Derechos Fundamentales de los menores de edad” en *@Actualidad Civil*, N° 12, Diciembre 2014.

sociales. No obstante, el desarrollo de cada niño va a condicionar su capacidad, que no es siempre la misma (La categoría del “menor” es tan amplia que no podemos englobar bajo los mismos niveles de protección a todo el colectivo especialmente vulnerable que los representa, debiendo distinguir entre la infancia más temprana, niños, adolescentes, etc.), por lo que consideramos que habrá que atender en cada caso concreto a las circunstancias vitales del menor para dilucidar su suficiente madurez.

Por ello se considera totalmente necesario que las agencias de protección de datos, de forma independiente y basándose en su especialización y autoridad ejerzan una tutela al derecho a la privacidad de los menores puesto que en la mayoría de veces ellos nos son capaces de operar en este sentido por su propia cuenta⁹⁹.

B. El papel protagonista de las Redes Sociales.

En la actualidad las Redes Sociales son las que protagonizan la mayoría de visitas por los usuarios de Internet; Gil Antón¹⁰⁰ define estos espacios virtuales como “aquellos servicios de la sociedad de la información que ofrecen a los usuarios una plataforma de comunicación a través de Internet para que estos generen un perfil con sus datos personales, facilitando la creación de redes en base a criterios comunes y permitiendo la conexión de unos usuarios con otros y su interacción”. De este modo lo fundamental en las Redes Sociales es que surjan las conexiones e interacciones entre los usuarios. Estas conexiones vienen presentadas en grados, de forma que el primer grado son los contactos directos, el segundo grado los contactos de estos contactos directos y así sucesivamente, creando finalmente una red en la que los usuarios son los lazos de unión.

Jurídicamente hablando también encontramos una definición de Red Social de la mano del Grupo de Trabajo sobre la Protección de Datos del Art. 29 del 12 de junio de 2009, en el dictamen 5/2009 sobre las Redes Sociales en línea¹⁰¹.

⁹⁹ PIÑAR MAÑAS, JL, *Redes sociales y Privacidad del menor*. Madrid 2011.

¹⁰⁰ *El derecho a la...* cit. Pág. 76.

¹⁰¹ *Los SRS pueden definirse generalmente como plataformas de comunicación en línea que permiten a los individuos crear redes de usuarios que comparten intereses comunes. En sentido jurídico, las redes sociales son servicios de la sociedad de la información, según se definen en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 98/34/CE, modificada por la Directiva 98/48/CE. Los SRS comparten determinadas características: - los usuarios deben proporcionar datos personales para generar su descripción o «perfil»; - los SRS proporcionan también herramientas que permiten a los usuarios poner su propio contenido en línea (contenido generado por el usuario como fotografías, crónicas o comentarios, música, vídeos o enlaces hacia otros sitios5); - las «redes sociales» funcionan gracias a la utilización de herramientas que proporcionan una lista de contactos para cada usuario, con las que los usuarios pueden interactuar. Los SRS generan la mayoría de sus ingresos con la publicidad que se difunde en las páginas web que los usuarios crean y a las que acceden. Los usuarios que publican en sus perfiles mucha información sobre sus intereses ofrecen un mercado depurado a los publicitarios que desean difundir publicidad específica y basada en esta información. Es por tanto importante que los SRS funcionen respetando los derechos y libertades de los usuarios, que tienen la expectativa legítima de que los datos personales que revelan sean tratados de acuerdo con la legislación europea y nacional relativa a la protección de datos y de la intimidad.*

En lo referente a la regulación legal de estos espacios virtuales, existe una problemática mundial, pues al ser una red con usuarios de todo el mundo, entran en juego diferentes ordenamientos, no obstante y como veremos más adelante, en el ámbito de la privacidad, las Redes suelen tener su propia normativa.

En el ámbito geográfico de la Unión Europea, es necesario citar el marco jurídico general al que quedan sometidas todas las Redes Sociales, recogido en la Directiva 95/46 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

En lo que al ámbito nacional se refiere, encontramos (con carácter general) la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Desde una perspectiva más específica debemos mencionar distintos cuerpos legales, según atendamos al ámbito de la privacidad, de delitos y faltas o de propiedad intelectual e industrial; de este modo debemos citar las siguientes leyes relativas a la privacidad de las personas:

- Código Civil
- Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
- Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.
- Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Además creo necesario mencionar también el ámbito de la propiedad intelectual e industrial debemos mencionar:

- Ley 23/2006 de 7 de julio por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.
- Ley 17/2001 de 17 de diciembre de marcas.

Para el resto de materias se usan normas vigentes como la Ley General de Publicidad, Competencia Desleal o la de Comercio Electrónico.

A pesar de esta regulación, nacional y supranacional, como hemos mencionado, las Redes Sociales establecen métodos de autorregulación en las que establecen sus políticas de privacidad y su propia “normativa”, de este modo el usuario cuando decide acceder a una de ellas está aceptando dicha regulación y sometiéndose a lo establecido. Por la gran importancia que esto supone, entraremos ahora a desarrollar esta cuestión de forma más específica.

1. La autorregulación de las Redes Sociales.

Como podemos imaginar, la mayoría de las Redes Sociales son de carácter internacional por lo que sus sedes de partida se encuentran normalmente en Estados Unidos o en otros países donde la normativa que hemos referido anteriormente no alcanza, por ello nace la gran relevancia de la autorregulación.

Así pues encontramos que la mayoría de las Redes Sociales nos ofrecen un documento bien detallado con todos los aspectos de la privacidad de la web así como las precauciones que los usuarios pueden tomar para adoptar una mayor privacidad en sus cuentas como por ejemplo hacer la cuenta privada, de modo que solo podrán ver las publicaciones, fotografías o información aquellos usuarios que se aceptan como contactos directos (amigos o seguidores).

En lo que respecta a los menores de edad, las redes sociales más usadas son las de comunicación y en general suelen fijar un límite de edad mínimo que todos los usuarios deberán rebasar para poder acceder (normalmente fijado en 14 años), sin embargo, los menores acceden sin ninguna dificultad a estos lugares virtuales por la gran dificultad que entraña la comprobación de la edad real de los usuarios. Por lo que básicamente el eje de la problemática debe solventarse primeramente con una buena educación y vigilancia por parte de los padres o responsables de estos menores y controlar a que lugares acceden cuando están en Internet e incluso que acciones llevan a cabo allí. Además de esta educación “doméstica” podría verse complementada también por una educación escolar, en la que se le expusiera la información debida a estos usuarios menores de edad. O, según como considera Troncoso Reigada¹⁰², ofrecer por parte de los prestadores de estos servicios más frecuentados por menores, videos informativos con colaboración de las autoridades de protección de datos que los menores tuvieran que ver con carácter preceptivo por defecto en el momento de ingresar en la Red con recordatorios cada cierto tiempo.

No obstante los prestadores de servicios podrían dotarse de los medios necesarios para impedir perjudicar el interés superior de los menores, tales como dotarse de sistemas de verificación de la edad eficaces (tan sencillos como el DNI electrónico o la firma digital, por ejemplo) y, en su caso, de activación de limitaciones tan pronto como se detecte que un usuario puede ser menor de edad. Además de controlar, en la medida de sus posibilidades, las intromisiones ilegítimas en los derechos del menor, una vez que se hayan llevado a cabo por sus usuarios y emprender los protocolos de actuación necesarios: proceder a cancelar un perfil, retirar contenidos inaceptables, etc. cuando sean conscientes de ello o se les reclame a tal efecto.

2. Problemas que conlleva el uso de las Redes Sociales.

No obstante todo lo expuesto, en relación con la protección de la privacidad en las Redes y los medios de prevención o tratamiento de las intromisiones ilegítimas siguen

¹⁰² *La protección de datos personales. En busca del equilibrio.* Valencia 2010. Págs. 1709 y ss.

surgiendo diversos problemas en el uso de estas que se agravan cuando son los menores los que hacen uso de estos servicios.

De este modo cuando proporcionamos información propia nos estamos exponiendo a una serie de riesgos pues cuando publicamos datos o vivencias el campo de la intimidad o privacidad se reduce con una existente probabilidad de que surjan menosprecios a los derechos de la personalidad, y ello ligado a que existen numerosas situaciones que no cumplen con los principios establecidos en la normativa de protección de datos, de la privacidad, la publicidad y la propiedad intelectual e industrial nos hace especialmente vulnerables.

En este sentido encontramos que las intromisiones más comunes en las Redes Sociales son la suplantación de identidad y la difusión sin consentimiento de fotografías. En el primero de los casos, es cada vez más frecuente dar con casos en los que se procede a la suplantación de perfiles de menores para acosar a otros menores, en estos casos el acosador suplanta la personalidad de un menor para ponerse en contacto con otros menores y poder obtener una satisfacción sexual ya sea físicamente o mediante imágenes con contenido pornográfico (civer-acoso denominado *Grooming*).

De otro lado, refiriéndonos ahora a la difusión sin consentimiento de imágenes, se trata cuando un usuario procede a subir al espacio virtual una fotografía no autorizada por quienes aparecen en ella. Cuando de menores se trata, suele ser frecuente que se realice esta práctica con el ánimo de ofender o ridiculizar y dar alas así a lo que conocemos como *ciberbullying*, es decir, el acoso telemático.

Las Redes suelen contar con mecanismos para controlar estas intromisiones, de forma que permiten comprobar la verdadera identidad de un usuario ante una denuncia de un tercero mediante la propia plataforma o estableciendo mecanismos para la eliminación de fotografías no autorizadas, debiendo proceder a denunciar la fotografía que se trate por el afectado u otro usuario y, con la previa comprobación del contenido ofensivo por parte del equipo correspondiente de la Red, se procede a su eliminación. No obstante estos mecanismos, en muchas ocasiones son muy insuficientes y dejan a los usuarios y más aun a los usuarios menores de edad, indefensos ante intromisiones que pueden ser muy perjudiciales.

Conclusiones finales.

A lo largo de este trabajo hemos visto como el menor de edad resulta más vulnerable que una persona adulta por encontrarse en una fase de desarrollo físico y psicológico y una insuficiencia de madurez, por lo que se vuelve necesaria una mayor protección a sus derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

Primera. En esta investigación, he comprobado cómo en muchas ocasiones, a pesar de existir normas que regulan gran parte de esta materia, existen vacíos legales que muchas veces facilitan el atentado a los derechos de la personalidad del menor, lo que me lleva a concluir la necesidad de establecer un mayor abanico normativo para ejercer una protección más efectiva a estos derechos que resultan tan perjudicados.

Como ya hemos estudiado, la Ley 1/1982 de 5 de mayo tiene el papel protagonista en la regulación y protección de estos derechos, no obstante en lo que respecta a la protección de los derechos de la personalidad de los menores deja mucho que desear pues solo se menciona en su artículo tercero la capacidad de estos para prestar su consentimiento. Normalmente, como hemos comprobado, es la jurisprudencia la que fija y determina las pautas a seguir en esta materia relativa a menores.

Segunda. Por otro lado, en lo que concierne propiamente a la figura del menor en esta encrucijada relativa a sus derechos de personalidad, toma una gran importancia su madurez así como el préstamo de consentimiento por él mismo o por sus representantes legales. En un primer término, refiriéndonos a su madurez entramos en una caótica delimitación en la que resulta verdaderamente complicado fijar una edad de partida en la cual una persona ya se considera con cierto grado de madurez, por ello es muy dificultoso fijar una edad o un parámetro conciso para acotar este criterio que, a mi parecer, resulta muy voluble. Cogido de la mano de la madurez, encontramos el préstamo de consentimiento del menor o de sus representantes legales para poder realizar acciones que supongan una vulneración a los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor. Este consentimiento es esencial e imprescindible para poder ejercer actuaciones que puedan reportar dichos daños, por ello se necesita un consentimiento expreso y explícito.

Dicho consentimiento ya no actúa como causa justificativa de la intromisión; es más, resulta absolutamente irrelevante. Aunque la regla general es que el menor puede prestar por sí mismo el consentimiento en actos relativos a sus derechos de la personalidad cuando tenga madurez suficiente, si la intromisión se da en el ámbito audiovisual e implica un menoscabo en el honor del menor o es contraria a los intereses del mismo, carece de eficacia el consentimiento prestado por el propio menor o sus representantes legales y el Ministerio Fiscal podrá intervenir en favor del interés del menor. De este modo, en el ámbito audiovisual se prevé un control a priori para que el Ministerio Fiscal intervenga cuando, aun existiendo condiciones de madurez suficientes en el menor o habiéndose prestado el consentimiento por parte de sus padres o representantes legales, considere que el acto puede ser perjudicial para el superior interés del menor.

La protección de ese interés del menor se convierte así en la piedra angular de la protección de sus derechos de la personalidad. Así lo recoge la Instrucción del Fiscal General del Estado 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y el derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores, que ya preveía la protección del menor en ataques perpetrados a través de medios de comunicación e Internet.

Tercera. Los derechos que estudiamos en esta investigación atraviesan hoy una situación muy delicada, pues cada vez toman más fuerza las libertades de expresión y comunicación, los medios de comunicación y las nuevas tecnologías, que si algo tienen en común es la trasgresión que pueden ejercer a los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen. Como ya hemos mencionado anteriormente nos encontramos en una sociedad que ha sido denominada como “sociedad de la información” pues con los grandes avances tecnológicos nos hemos introducido en un mundo en el que la información es inmediata y universal, por lo que nos resulta imprescindible y esencial en nuestras vidas.

No obstante muchas veces olvidamos el daño que estas libertades pueden causar a terceras personas que se ven involucradas personal o profesionalmente en estas informaciones. Normalmente cuando los medios dan una información suele ser contrastada y comprobada, pero actualmente se vuelve más común la emisión de informaciones presuntamente ciertas que posteriormente son contrariamente corroboradas y por lo tanto, una vez que ya se ha causado un daño moral. Cuando este daño moral es causado a un menor de edad cuya personalidad no está desarrollada aún, el perjuicio es mucho mayor, pues puede hacer que varíe completamente y causar un desequilibrio y quizá un daño de muy difícil reparación. Por ello y a pesar de la buena praxis que llevan a cabo los juicios de ponderación, es considerable entender que en el caso de los menores, la balanza se deba inclinar más a su favor pues su vulnerabilidad debe representar el objeto primordial de defensa.

De este modo, y volviendo a la primera conclusión, se puede considerar que la medida a adoptar para suplir estos atentados que pueden resultar tan gravosos, es un mayor desarrollo de la legislación relativa a la defensa de la personalidad de los menores y sobre todo adaptar esta legislación a las nuevas necesidades sociales; de modo que si la sociedad avanza y con ella los diferentes medios, la legislación debe progresar y adecuarse a ello, de forma que sea realmente efectiva.

Cuarta. A causa de los grandes avances tecnológicos, nos vemos también inversos en una sociedad altamente informatizada, por lo que los riesgos son aún mayores si cabe, de modo que la información se encuentra globalizada y por tanto los perjuicios causados a los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen son mayores.

En mi opinión considero que es imprescindible que las personas se adapten a los nuevos avances tecnológicos, pues de lo contrario puede suponer un “estancamiento” social y profesional que no es beneficioso, de modo que tenemos que aprender a convivir con las nuevas tecnologías y saber introducir las en nuestra vida de forma útil.

No obstante considero igualmente imprescindible la enseñanza de un buen uso de estas nuevas tecnologías, pues sabemos que las nuevas generaciones van a convivir con innumerables innovaciones en este campo por lo que no se les puede privar de un uso de las mismas, sino instruirles en una buena utilización, así como hacerles entender la cantidad de riesgos que el mundo virtual aguarda y que tan peligrosos pueden resultar; por consiguiente esta educación no solo debería venir de la mano de docentes sino de los propios padres que en muchas ocasiones propician un mal uso de las tecnologías, prestándole a niños de muy corta edad dispositivos móviles para su propio entretenimiento sin vigilar lo que el niño hace en ese instante.

En este sentido, entiendo imprescindible una adaptación del sistema educativo de forma que se introduzca una enseñanza del buen uso de las tecnologías, puesto que privar a los niños de su utilización no es la mejor solución; del mismo modo es imprescindible concienciar a los padres de la cantidad de riesgos a la que sus hijos se exponen con la utilización irresponsable de estos medios tecnológicos.

De este modo, concluyo exponiendo la gran importancia que supone una buena defensa y protección de los derechos de los derechos de la personalidad de los más pequeños que tan indefensos y vulnerables resultan frente a nuevos ataques resurgentes del uso de las nuevas tecnologías y de los nuevos medios comunicativos, debiendo asegurarles por todos los medios posibles una buena infancia. Muchas veces los adultos nos deshumanizamos cuando entran en juego valores económicos y dejamos de lado otros valores tan importantes como la salvaguarda de los derechos de los pequeños y es justamente eso por lo que el sistema jurídico español e internacional debe velar y proteger, pues por desgracia, en muchas ocasiones ni siquiera los propios padres o tutores legales ejercen una buena tutela.

Y así, finalizo este trabajo de investigación citando el artículo segundo de la Declaración Universal de los Derechos del Niño cuya cuenta no deberíamos perder bajo ningún concepto, el cual nos dice que “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad...”.

Bibliografía

ALBADALEJO, M, “Derecho Civil, Introducción y Parte general”, vol. 1º, *Introducción y Derecho de la Persona, Barcelona*, 14º ed., Ed. Bosch, 1996.

ALBERRUCHE DIAZ-FLORES “Protección especial de los Derechos Fundamentales de los menores de edad” en *@Actualidad Civil*, N° 12, Diciembre 2014.

ALCON YUSTAS y MONTALVO JAASKELAINEN *Los menores en el proceso judicial*. Ed. Tecnos 2011,

AÑÓN CALVETE, J *El interés del menor @*”El derecho.com” 2015

BARROSO ASENJO, P, *Límites constitucionales al derecho de la información*, Ed. Mitre, Barcelona 1984.

CAMPS MIRABET, N, *El principio del interés superior del menor: marco normativo internacional y aplicación en el derecho interno* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

CARRETERO SÁNCHEZ, S., “Las redes sociales y su impacto en el ataque a los derechos fundamentales: aproximación general” en *@Diario La Ley*, N° 8718, 9 de marzo de 2016.

DE ANDRÉS BLASCO, J; *Introducción general. ¿Qué es Internet? Principios de Derecho de Internet*. Valencia, 2002.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R, *La protección de la personalidad en el derecho privado*, RDN, 1974.

DE LAMA AYMÁ, A, *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*. Valencia 2006.

DE TORRES PEREA, J.M, “Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una importante línea jurisprudencial” en *@Diario La Ley*, N° 8737, abril 2016.

GARCÍA GARNICA, M.C, *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado*, Ed. Aranzadi, 2004.

GIL ANTÓN, A.M, *El Derecho a la Propia Imagen del Menor en Internet*, Ed. Dykinson 2013.

GUINEA FERNÁNDEZ, D.R, “Autonomía de la voluntad: ejercicio del derecho al honor, a la intimidad y la propia imagen por el menor”. *@Diario La Ley* Derecho de familia, N° 5, 2015 Ed. Wolters Kluwer.

HERRERA DE LAS HERAS, R, “El derecho a la propia imagen de los menores de edad ante los medios de comunicación” *@Diario La Ley*, N° 8319, Sección Tribuna, 27 de mayo de 2014. Ed. LA LEY.

- HERRERO-TEJEDOR, F, *La intimidad como derecho fundamental*. Madrid 1998.
- JIMÉNEZ-AYBAR, I “Diálogo sobre el principio del interés superior del menor” en *La familia, protagonista*, Comisión Organizadora del Congreso General de Familia, 2003.
- LACRUZ, J.L, *Elementos de derecho civil, Parte general*. Vol. 2º, Ed. Dykinson, 2ª ed., 2000.
- LÓPEZ JACOISTE, J.J, *Una aproximación típica a los derechos de la personalidad*. Anuario de Derecho Civil. 1986.
- LÓPEZ MARTÍNEZ, J.C, “Tratamiento jurisprudencial del conflicto entre libertades de expresión e información y derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Criterios de ponderación” @*Diario La Ley* Nº. 8059, 12 de abril de 2013.
- LORENTE ARENAS, S y MARTÍN MARTÍN-POZUELO, J. M; *Infancia, juventud e Internet: nociones básicas y principios para su buen uso*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Universidad Politécnica de Madrid (En línea) <http://www.mtas.es>.
- MENDEZ TOJO, R, “Los conflictos entre el derecho al honor, la intimidad personal y la propia imagen y las libertades de expresión e información. ¿Son derechos fundamentales irreconciliables?” @*Diario La Ley*, Nº. 8573, 1 de julio de 2015.
- MONTÓN GARCÍA, M, *Derecho al honor, intimidad y propia imagen: protección civil y su conflicto con las libertades de información y expresión* Ed. La Ley 1995.
- MORENILLA ALLARD *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Ed. Colex, Madrid 2007.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, M, “Menores y medios de comunicación” *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*.
- NÚÑEZ ZORRILLA *La protección de los derechos del menor de edad frente a los contenidos discriminatorios por razón de género en los medios de comunicación*. Ed. Dykinson, 2010.
- O'CALLAGHAN, X, *Compendio de Derecho Civil I*, Ed. Edersa, 1997. Y “Personalidad y derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen) del menor, según la Ley de protección del menor”. @*Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-239, tomo 4, Ed. LA LEY
- PAÑOS PÉREZ, A “El interés del menor como criterio para determinar la ilegitimidad de la intromisión en los derechos del honor, la intimidad y la propia imagen del menor” *Actualidad Civil*, Nº. 8, Sección A Fondo, 2012.
- PIÑAR MAÑAS, JL, *Redes sociales y Privacidad del menor*. Madrid 2011.

PRENAFETA RODRÍGUEZ, J; *La privacidad de los menores y el marketing a través de Internet*. Noticias Jurídicas, 2002. (En línea) <http://noticias.juridicas.com>.

RAMOS CHAPARRO, E, *La persona y su capacidad civil*, Madrid, Ed. Tecnos, 1995.

RIVIERO HERNÁNDEZ, F, *El interés del menor* Ed. Dykinson, Madrid, 2007.

ROGEL VIDE, C, *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Zaragoza, Studia Albornotiana, 1985.

SÁNCHEZ-CALERO, J, *Las actuaciones de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados*. Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 2005.

SANTOS MORON, M.J, *Incapacitados y derechos de la personalidad*, Madrid, 2000. *Y Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, N. ° 15, 2011.

TRONCOSO REIGADA *La protección de datos personales. En busca del equilibrio*. Valencia 2010

VEGAZO PALACIOS, V.M; *La influencia de la violencia de los medios audiovisuales en los menores de edad. Luces en el Laberinto Audiovisual*. Congreso Iberoamericano de Comunicación y Educación. (En línea) <http://www.ateiamerica.com/doc/lainfluencia.pdf>.

VILASEU SOLANA, M, “Privacidad, redes sociales y el factor humano”; en la obra dirigida coordinada por RALLO LOMBARTE, A y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R; *Derecho y redes sociales*.

Índice Jurisprudencial.

Sentencias del Tribunal Supremo

STS de 6 de diciembre de 1912.
STS de 17 de mayo de 1990.
STS de 26 de septiembre de 2008.
STS de 16 de octubre de 2008.
STS de 16 de enero de 2009.
STS de 17 de febrero de 2009.
STS de 26 de febrero de 2009.
STS de 16 de julio de 2009.
STS de 20 de julio de 2009.
STS de 1 de marzo de 2010.
STS de 20 de julio de 2011.
STS de 6 de septiembre de 2011.
STS de 1 de marzo de 2012.
STS de 5 de mayo de 2012.
STS de 17 de mayo de 2012.
STS de 28 de junio de 2012.
STS de 24 de julio de 2012.
STS de 16 de octubre de 2012.
STS de 17 de diciembre de 2012.
STS de 5 de febrero de 2013.
STS de 18 de febrero de 2013.
STS de 17 de diciembre de 2013.
STS de 17 de febrero de 2015.
STS de 10 de septiembre de 2015.

Sentencias del Tribunal Constitucional

STC 231/1988 de 2 de diciembre.
STC 105/1990 de 6 de junio.
STC 223/1992 de 14 de diciembre.
STC 117/1994 de 25 de abril.
STC 99/1994 de 17 de mayo.
STC 76/1995 de 22 de mayo.
STC 132/1995 de 11 de septiembre.
STC 176/1995 de 11 de diciembre.
STC 180/1999 de 11 de octubre.
STC 81/2001 de 26 de marzo.
STC 139/2001 de 4 de junio.
STC 156/2001 de 26 de julio.
STC 52/2002 de 25 de febrero.
STC 83/2002 de 22 de abril.
STC 14/2003 de 28 de enero.
STC 14/2003 de 30 de enero.
STC 51/2008 de 14 de abril.

STC 158/2009 de 29 de junio
STC 355/2011 de 24 de julio.

Sentencias de Audiencias Provinciales

SAP Badajoz de 11 de diciembre de 2002 recurso 187/2002
SAP Córdoba de 25 de septiembre de 1997 recurso 177/1997
SAP Madrid de 17 de febrero de 2016 recurso 95/2016