

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Revista del Poder Judicial nº 72. Cuarto trimestre 2003

Rosa Cortina, José Miguel de la

Fiscal. Juez excedente

EL DERECHO AL HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN DE LOS MENORES. PERSPECTIVAS EN DERECHO CIVIL, PENAL Y EN REFORMA DE MENORES

Estudios

Serie: *Civil*

VOCES: DERECHO AL HONOR. DERECHO A LA INTIMIDAD. DERECHO A LA PROPIA IMAGEN. MENORES. INTERES DEL MENOR. DERECHO COMPARADO.

ÍNDICE

I. Introducción

1. Los derechos fundamentales del menor y los instrumentos internacionales
2. El papel del Ministerio Fiscal en la protección de los derechos del menor
3. Concepto de menor
4. El interés del menor como principio general del Derecho

II. El derecho al honor, a la intimidad y a la imagen de los menores

1. Conceptos de honor, intimidad y propia imagen
2. Marco normativo
3. El consentimiento del menor en la Ley 1/82

A) Los menores con condiciones de madurez: vías de concreción de un concepto jurídico indeterminado

B) Menores sin condiciones de madurez

C) Oposición al consentimiento proyectado

4. El consentimiento del menor en la LO 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor

5. La legitimación del Ministerio Fiscal

III. Informaciones acerca de menores que han incurrido en conductas delictivas

1. Antecedentes
2. Pronunciamientos internacionales
3. Situación en Derecho comparado
4. Regulación en la LORPM

IV. Los menores como sujetos activos de la intromisión en la intimidad de otros menores

V. Aspectos procesales en la protección del derecho al honor

- VI. Protección penal de los secretos del menor
- VII. Medidas cautelares
- VIII. Disposiciones protectoras de la intimidad e imagen del menor en la televisión
- IX. Casuística judicial
- X. Bibliografía empleada

TEXTO

I. INTRODUCCIÓN

1. -Los derechos fundamentales del menor y los instrumentos internacionales

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 contiene un elenco de derechos que como dice DEL MORAL GARCÍA² son también aplicables a los menores «sin perjuicio de las necesarias modulaciones que se derivan de la naturaleza de algunos derechos» (3). Este aserto es igualmente aplicable a las grandes Declaraciones internacionales de derechos.

Con posterioridad, y específicamente dirigida a los menores, se aprobó la Convención de Naciones Unidas de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (4) (en adelante, CDN).

Nuestra Constitución en su art. 10.2 establece que las normas relativas a los derechos fundamentales *...se interpretarán de conformidad con la Declaración de los Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias suscritas por España*. La constitucionalización de los convenios internacionales sobre derechos fundamentales ratificados por España relativos a niños se fortalece aún más a la vista del art. 39.4 CE, que dispone que *«los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos...»*.

Por tanto, las disposiciones de la CDN tienen un cualificado valor jurídico en nuestro ordenamiento.

2. -El papel del Ministerio Fiscal en la protección de los derechos del menor

El Fiscal, se ha dicho, es el abogado de oficio de la Sociedad, encarnando ante la jurisdicción la defensa de los derechos fundamentales, actuando como *custos legis*, al velar por el cumplimiento de la Ley, como *patronus libertatis* al actuar en defensa de los derechos fundamentales y como *defensor communitatis*, cuando enarbola como propio ante la Administración de Justicia el interés público y social (5).

El papel del Ministerio Fiscal en la protección de los derechos de los menores es fundamental tanto en el ámbito civil (*vid.*, entre otros muchos, arts. 158, 179 CC) como en el penal (*vid.* arts. 191, 201, 287, 296, 233, 189.3 CP), como en las tareas de supervisión de la Administración (*vid.* art 174 CC), como en los procedimientos de reforma de menores (6). El Fiscal es, pues, institucionalmente, defensor de los derechos de todos los ciudadanos, pero en tanto es encargado de cuidar del funcionamiento eficaz de los mecanismos de protección de los menores, es específicamente defensor de los derechos de los menores.

Consecuentemente, el art 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF) encomienda al Ministerio Fiscal la protección de menores y desvalidos (7).

3. Concepto de menor

El art. 1 de la CDN dispone que *para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo*

ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Por su parte, el art. 1 de la LO 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJDM), establece que *la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad.*

La declaración del art 1 LO 1/1996, por lo demás, está en armonía con lo dispuesto en el art 12 CE a contrario (los españoles son mayores de edad a los 18 años) y con el art. 315 CC.

No caben discriminaciones por razón de nacionalidad. El art. 2.1 CDN dispone que *los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.*

Por tanto, son menores para el Derecho español, a los efectos del disfrute de los derechos y de las medidas de protección, los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, con independencia de su nacionalidad, salvo que conforme a su ley personal hayan alcanzado la mayoría de edad. Podríamos decir que para nuestro legislador, a los efectos de la protección, solamente hay menores, sin distinción de nacionalidades.

4. El interés del menor como principio general del Derecho

El artículo 2 de la LO 1/96 dispone que *en la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo.*

Del mismo modo, el artículo 3.1 CDN establece que *en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño (8).*

Nos encontramos ante el principio del «*favor minoris*» ya recogido en nuestro ordenamiento tras las reformas del CC operadas por Leyes 11/81, 30/81 y 21/87, si bien en la LO 1/96 se resalta aún más al contraponerlo a otros intereses legítimos en concurrencia (que serán ordinariamente los de los padres biológicos). El principio también es asumido en el punto 8.14 de la Resolución del Parlamento Europeo sobre una Carta Europea de Derechos del Niño (9), al decir esta última que «*toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses*». Igualmente se acoge en las legislaciones de las Comunidades Autónomas sobre protección de menores (10).

El principio del *favor minoris*, principio que había sido formulado originariamente en la doctrina francesa bajo la fórmula de «*tout pour l'enfant*», viene a constituirse en un principio general del Derecho, verdadera piedra angular en la interpretación del Derecho de menores y también en la interpretación del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los mismos. Este interés del menor suele identificarse con todo aquello que coadyuve a un desarrollo armónico y equilibrado de la personalidad del ser humano en formación.

Las invocaciones a este principio son constantes en Derecho de Menores, habiéndose encontrado su fundamento en «la situación de vulnerabilidad del niño, la imposibilidad que tiene de dirigir su vida con suficiente madurez y responsabilidad y la necesidad de que las circunstancias que le rodean le sean espe-

cialmente favorables en esta etapa vital de desarrollo como ser humano» (11).

II. -EL DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA IMAGEN DE LOS MENORES

1. Conceptos de honor, intimidad y propia imagen

El concepto de honor abarca aspectos subjetivos y objetivos. Desde su vertiente negativa, la intromisión ilegítima en el derecho al honor aparece definida en el art 7.7 LO 1/82, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen modificada por la DF 4.^a de la LO 10/95, de 23 de noviembre: la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

El derecho a la intimidad se define doctrinalmente como el poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman un círculo íntimo, personal y familiar, poder que permite excluir a los extraños de entrometerse en él y de darle una publicidad que no desee el interesado (12).

Tanto el TC como el TEDH han considerado que este derecho supone que a nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida privada, personal o familiar (13).

En cuanto a la imagen, el art. 7 de la LO 1/82 considera intromisión ilegítima tanto *la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2, como la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga* (14).

2. Marco normativo

En el ámbito internacional debe resaltarse el artículo 16 CDN, que proscribe las ingerencias en la intimidad del menor (15), al igual que el punto 8.29 de la Resolución del Parlamento Europeo sobre una Carta Europea de Derechos del Niño (16), mientras que el punto 8.43 de esta misma Resolución otorga protección frente a utilizaciones lesivas de la imagen del menor (17).

En el ámbito interno, la CE, en su artículo 18, reconoce con carácter general el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y el artículo 20.1.d) el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, especificando que esta libertad encuentra su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título 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»*.

De una interpretación sistemática de los artículos 18 y 20.1.d) CE se desprende sin duda una hiperprotección del derecho a la intimidad y a la propia imagen proyectado sobre los menores de edad. Esta protección reforzada ha sido puesta de manifiesto por la doctrina científica (18) y por nuestros Tribunales (19). Claramente se decanta en esta dirección la doctrina del TC (20).

Específicamente para los menores, el artículo 4.1 LOPJDM les reconoce el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (21).

En desarrollo del artículo 18 CE se publicó la LO 1/82, de 5 de mayo, cuyos artículos 2 y 3 y 9.2 son claves en la materia. El artículo 2.2 de la LO 1/82, de 5 de mayo, regula el consentimiento del titular como enervador de la antijuridicidad de la conducta de intromisión: *no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso*.

Claro es que esta operatividad del consentimiento debe modularse cuando su emisor es un menor de edad. A estos efectos, el art. 3 de la LO 1/82, de 5 de mayo, establece dos reglas: 1) *el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil* y 2) *en los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez».*

Debe en cualquier caso partirse de la ineficacia absoluta de los actos de disposición efectuados por el representante legal sobre los derechos del menor a su honor personal (22).

Entramos de lleno en un problema nuclear de este derecho en relación con los menores, que no es otro que el de la prestación del consentimiento como legitimador de la inmisión.

3. El consentimiento del menor en la Ley 1/82

En principio, y teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley 1/82, con carácter previo, entendemos, con CONCEPCIÓN RODRIGUEZ (23), que en el caso de menores emancipados y menores que hayan obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad, podrán por sí mismos prestar el consentimiento. El artículo 323 CC establece que el menor emancipado está habilitado para regir su persona y bienes como si fuera mayor de edad, estableciendo una serie de excepciones a su capacidad que han de interpretarse restrictivamente. Conforme al art. 319 CC, se presume la emancipación del menor que a los 16 años viviere independiente de sus padres con el consentimiento de éstos.

Respecto de los menores no emancipados deben distinguirse dos su-puestos distintos: los menores «maduros» y los menores «no ma-duros».

A) -Los menores con condiciones de madurez: vías de concreción de un concepto jurídico indeterminado

La Ley permite que estos menores maduros puedan prestar el consentimiento justificante de la intromisión. En estos casos, en principio y a salvo lo que se dirá *infra*, el menor podría consentir y si así lo hace, no habría intromisión ilegítima ni, por tanto, posibilidad de ejercitar acciones legales contra el acto de inmisión ni por el menor, ni por sus representantes legales, ni por el Ministerio Fiscal (24).

Respecto a qué deba entenderse por menor con condiciones de madurez suficiente, el artículo 3.3 LO 1/82 se remite a la legislación civil. Sin embargo, el Código Civil no contiene un precepto específico que defina con carácter general cuándo debe considerarse maduro a un menor. Tampoco encontramos esta definición en otros cuerpos legales. Solamente encontramos, en el CC y en leyes especiales, preceptos en relación con puntos concretos en los que se dota al menor de autonomía para la realización de actos con trascendencia jurídica o se exige su audiencia: veamos estos supuestos y tratemos de analizar si pueden inferirse principios generales.

En materia de Derecho de sucesiones, el artículo 663 CC permite testar (salvo por medio de testamento ológrafo) a los mayores de 14 años.

En materia de Derecho de Familia, el artículo 177.1 CC exige el consentimiento del menor mayor de 12 años para constituir su adopción; el artículo 92.2 CC obliga al Juez, en las medidas de separación y divorcio, a oír a los menores si tuviesen suficiente juicio, y siempre a los mayores de 12 años. El artículo 48 CC permite contraer matrimonio con dispensa del Juez de Primera Instancia a los menores a partir de los 14 años. El artículo 1329 CC permite al menor que pueda casarse conforme a la Ley, otorgar por sí solo capitulaciones matrimoniales en las que se limite a pactar el régimen de separación o el de participación.

También puede el menor reconocer hijos no matrimoniales (con ciertos requisitos, arts. 121 y 124 CC). También puede ejercer la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres o de su tutor (art. 157 CC). En el artículo 159, al regular las relaciones paterno filiales, cuando los padres vivan separados, y no decidan de común acuerdo, «el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso a los que fueran mayores de doce años».

En materia patrimonial, el artículo 443 CC permite a los menores en general adquirir la posesión de las cosas. El artículo 625 CC permite al menor aceptar donaciones. El artículo 164.3 CC permite al mayor de 16 años efectuar los actos de administración ordinaria sobre bienes adquiridos con su trabajo o industria; el artículo 44 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, reconoce a los autores menores de 18 años y mayores de 16, que vivan de forma independiente con consentimiento de sus padres o tutores o con autorización de la persona o institución que los tengan a su cargo, plena capacidad para ceder derechos de explotación. También hay actos en la esfera patrimonial que puede realizar el menor asistido de sus representantes legales: así, aceptar donaciones condicionales u onerosas (art. 626 CC), otorgar capitulaciones matrimoniales cuando no se limitan a pactar el régimen de participación o separación (art. 1329 CC) y hacer donaciones por razón de matrimonio (art. 1338 CC).

También encontramos normas fragmentarias y específicas en relación con los problemas derivados de intervenciones médicas con menores, y sobre la relevancia que en estos casos debe darse a su consentimiento, así como a la posibilidad de ser asistidos por sus representantes legales (25).

Igualmente otras disposiciones sectoriales reconocen la capacidad de obrar del menor: el Real Decreto Legislativo 1/1995 admite como trabajadores a los mayores de 16 años; el Real Decreto 772/1997, de 30 de mayo, permite obtener la licencia de conducción de ciclomotores a los 14 años; la Ley 1/1970 de Caza permite el acceso a esta actividad a partir de los 14 años. También en el ámbito administrativo hay un reconocimiento de la capacidad de obrar del menor (26).

Desde el punto de vista del Derecho Penal de Menores, el legislador también hace una diferenciación por tramos: a los menores de 14 años no se les reconoce capacidad de entender y querer a los efectos de exigirles responsabilidad. A los mayores de 14 años y menores de 18 se les exige responsabilidad, si bien dentro de este tramo la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante, LORPM), distingue a su vez dos grupos de edades: los mayores de 14 y menores de 16 y los mayores de 16, limitándose la entidad de las medidas imponibles respecto de aquellos (27).

El precepto que regula la materia de la capacidad del menor desde una perspectiva de mayor generalidad es el art 162.1 CC. Este precepto excluye la representación de los padres en los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo (28).

Esta disposición, siguiendo a O'CALLAGHAM (29), si bien es extraordinariamente vaga, debe interpretarse en el sentido de que el menor puede realizar «aquellos actos que en el ámbito social se reputan válidos por estar en el ámbito de su capacidad natural de entender y querer» (30).

En definitiva, la legislación no establece una regla fija en cuanto a cuándo puede entenderse que un menor tiene madurez para consentir, si bien parece que parte de tres tramos fundamentales, dando una relevancia podríamos decir de primer grado a los menores mayores de 16, una relevancia de segundo grado a los menores mayores de 14 y una relevancia de tercer grado a los menores mayores de 12 años (31). En todo caso, los menores de 12 años tampoco quedan totalmente excluidos en cuanto a su capacidad de obrar, a la vista del derecho de audiencia que le reconoce la LO 1/96 (32).

Esta cuasi plenitud de capacidad de obrar a los mayores de 16 años, que ya se refleja en la regulación de la emancipación (33), se ve ratificada en la recientemente promulgada Ley 41/2002, de 14 de noviem-

bre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica* (34). Esta Ley, en su artículo 9.3 (35), prevé que el consentimiento a las actuaciones en el ámbito de la salud se preste por representación «cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención», añadiendo que «cuando se trate de pacientes no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación» (36).

Retomando en concreto el consentimiento respecto de intromisiones en la intimidad, algunos autores se han mostrado partidarios de establecer una edad concreta a partir de la cual presumir la madurez del menor para consentir la intromisión, si bien existen graves discrepancias en cuanto a su concreción, lo que quizás avala la corrección de la opción del legislador de no establecer edades concretas (37).

Parece, pues, que no deben darse reglas fijas para determinar una edad a partir de la cual debe, en todo caso, considerarse al menor con «madurez» suficiente (38). Por tanto, en caso de controversia debería acudir a la correspondiente pericial psicológica para determinar la aptitud del menor para consentir con pleno conocimiento y voluntad (39). Se trata de un concepto que ha de ser integrado valorando todas las circunstancias concurrentes en cada caso (40).

En todo caso, y conforme a las consideraciones generales expuestas, parece prudente partir de la presunción de que, en principio, un mayor de 16 años puede prestar su consentimiento para que no se considere ilegítima la intromisión (41).

B) Menores sin condiciones de madurez

En este supuesto el consentimiento debe ser prestado por los padres o representantes legales. La Ley impone la intervención del Ministerio Fiscal como *patronus libertatis*, en defensa de los derechos de los menores, en un campo en el que la posibilidad de conflictos entre los intereses de los menores y los de sus progenitores es patente (42).

Este consentimiento, para que sea válido, debe prestarse por escrito y ponerse en conocimiento del Ministerio Fiscal. La doctrina ha mantenido que «la ausencia de cualquiera de estos requisitos, convierte en ilegítima la intromisión, al adolecer de imperfección el negocio jurídico propuesto» (43). Desde luego, no puede considerarse válido el consentimiento prestado por los padres de un menor declarado en desamparo y sometido por tanto a la tutela automática de la Entidad Pública de Protección de Menores (44).

En efecto, estos criterios han sido asumidos por los Tribunales. La puesta en conocimiento del Fiscal se configura así como una condición para la validez del negocio jurídico de la renuncia (45).

La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/93 considera que «la intencionada omisión del camino legal puede acarrear una deficiencia estructural en el negocio jurídico concebido -si éste existiera- para legitimar la intromisión. Su posible anulabilidad por el propio menor si el consentimiento hubiera sido otorgado por él mismo sin la madurez suficiente -arts. 1301 CC- y la hipotética responsabilidad exigible al representante legal por una negligente administración del patrimonio del menor -art. 164 y 168 CC- son sólo alguno de los efectos predicables del desprecio voluntario al régimen legal» (46).

En todo caso, entendemos, parece que no procederá utilizar la omisión de la puesta en conocimiento para impugnar negocios jurídicos respetuosos con los intereses del menor.

Para HERRERO-TEJEDOR (47), la anuencia del Fiscal «se presume por el mero transcurso del plazo legal de ocho días sin haberse manifestado».

C) Oposición al consentimiento proyectado

Si efectivamente los representantes legales del menor cumplen con la obligación que le impone la Ley

1/82 y notifican al Fiscal ese proyecto de consentimiento, el Fiscal tiene un plazo de ocho días para plantear ante los Tribunales su oposición.

La Ley no especifica el procedimiento a seguir para ventilar esta oposición. Para PANTOJA GARCIA y para CONCEPCIÓN RODRIGUEZ sería el procedimiento de jurisdicción voluntaria, debiendo a través de este cauce el Juez valorar si el consentimiento proyectado es o no acorde al interés del menor. Esta opinión no es compartida por O'CALLAGHAN (48), que entiende que al existir oposición desde el principio deberían seguirse los cauces del juicio declarativo ordinario. Por nuestra parte nos inclinamos por la tesis del procedimiento de jurisdicción voluntaria, por analogía con lo que expresamente se prevé en la Ley para autorizar la enajenación o gravamen de bienes de menores, así como lo previsto en la DA 10.^a de la Ley de 11/81, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de patria potestad, filiación y régimen económico del matrimonio para resolver las controversias surgidas en el ejercicio de la patria potestad cuando por su propia naturaleza exijan una resolución urgente (49).

En este sentido se pronuncian las «Consideraciones finales sobre las cuestiones debatidas en las jornadas sobre la infancia para entidades públicas de protección de menores, jueces y fiscales, celebradas los días 3, 4 y 5 de noviembre de 1999», que además hacen una especial llamada de atención a las posibilidades del artículo 158 CC (50).

La doctrina ha resaltado la novedad que este sistema representa, en cuanto que siempre se había atribuido al Juez la competencia para complementar la capacidad del menor, mientras que en la Ley 1/82 se somete a la aprobación del Fiscal la validez del consentimiento prestado por el representante legal, interviniendo la autoridad judicial solo en caso de oposición (51). Algún autor ha resaltado el contrasentido que supone exigir autorización judicial para enajenar o gravar los bienes de los incapaces, y no exigirlo para consentir la intromisión en el ámbito de un derecho fundamental (52).

4. -El consentimiento del menor en la LO 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor

El artículo 4.2 LO 1/96 establece un régimen en algunos aspectos no coincidente con el de la LO 1/82, con el que se solapa, generando importantes problemas interpretativos. Este precepto introduce profundas novedades al establecer que:

«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 puedan 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.

Sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública» (53).

Podría pensarse que la nueva regulación deja a salvo la operatividad del consentimiento del menor cuando éste reúne condiciones de madurez. Sin embargo, a la vista de la Exposición de Motivos (54), parece claro que la LO 1/96 supone una verdadera modificación del régimen de la LO 1/82 (55).

Estimamos con O'CALLAGHAM (56) que conforme a la LO 1/96, en relación con los medios de comunicación, cuando se atente a los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen, carecerá de eficacia el consentimiento que pueda dar el mismo menor o sus representantes legales (57). Esta interpretación es la que se ha consagrado finalmente en nuestros Tribunales (58).

En todo caso, sorprende que la LO 1/96, que parte de la filosofía de ampliar la capacidad del menor (59) en conexión con el principio constitucional de respeto al libre desarrollo de la personalidad (60), en ocasiones se olvide de sus propios principios y parta precisamente del principio opuesto, ampliando las restricciones a la capacidad de obrar del menor en relación con la regulación anterior. En este mismo

sentido se pronuncia NÚÑEZ MUÑIZ (61). Parece que el legislador, preocupado por la utilización de menores en *reality-shows* y demás fenómenos asociados a la televisión-basura, se decide -aun traicionando sus propios principios sobre capacidad del menor-, por introducir un mecanismo más radical de protección en el ámbito de los *mass media* (62).

No obstante, como criterio hermenéutico, es claro que habrá de tenerse muy presente lo dispuesto en el párrafo 2.º del art. 2 de la LO 1/96 cuando dispone que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva.

Por tanto, cuando la inmisión tenga lugar a través de los medios de comunicación y la misma suponga un menoscabo a la honra o reputación o sea contraria a los intereses del menor, el consentimiento del mismo (sea o no maduro) o de sus padres no operará como causa de justificación (63). Si se pone en conocimiento del Ministerio Fiscal conforme a lo previsto en el art 3 LO 1/82, éste deberá oponerse en el plazo de los ocho días concedido. En todo caso, la falta de oposición en plazo del Fiscal nunca podría entenderse como una sanción o convalidación del acto, sin perjuicio de que pudiera ponerse en duda su ulterior legitimación para ejercitar acciones contra los responsables de la intromisión.

5. La legitimación del Ministerio Fiscal

El celo con el que el Fiscal debe preservar la intimidad de los menores aparece con reiteración en la doctrina emanada de la Fiscalía General del Estado (64).

Con anterioridad a la promulgación de la LO 1/96, un sector de la doctrina, para reconocer legitimación activa al Fiscal en la defensa de los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor, acudía a una interpretación sistemática de los artículos 3.6 y 3.7 del EOMF, D.T. 2.ª de la LO 1/82 y artículo 12 de la Ley 62/78, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, así como al enunciado genérico del art 158 CC. No obstante, la legitimación del Fiscal no era pacíficamente aceptada (65).

La LO 1/96, en su artículo 4.2, clarifica la situación al prever expresamente la legitimación directa y autónoma del Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de parte. Se impone al Ministerio Fiscal la obligación de accionar en los casos en que la inmisión a que se refiere el art. 4 se produzca a través de un medio de comunicación, y se dota de autonomía a la legitimación del MF que no tiene una posición de subsidiariedad sino que deberá actuar aun cuando el menor esté representado por progenitores que ejerzan adecuadamente la patria potestad (66).

Creemos que esta amplia legitimación del Fiscal deberá ser ejercitada con mesura, ponderando las circunstancias concurrentes (67) y valorando la posición de los progenitores en los casos en que éstos actúen adecuadamente respecto del menor, a fin de aquilatar si concurre el concepto impreciso de «difusión contraria al interés del menor» evitando injerencias improcedentes en las facultades inherentes a la patria potestad y a la representación legal del menor que la misma conlleva. Parece que la necesidad de evitar el denominado *strepitus fori* aconsejará en algunos casos no ejercitar las acciones correspondientes. Por ello parece deberá valorarse la opinión y criterios de los representantes legales del menor para evitar la paradoja que supondría la posición del Fiscal accionando contra la voluntad de los padres que prefieren evitar la posible mayor difusión de la información que muchas veces se deriva del seguimiento de un proceso judicial. Esta posición, por lo demás, fue la mantenida por la Fiscalía General del Estado en su informe sobre el Anteproyecto de la LOPJDM. La regla general debiera ser la intervención del Fiscal solamente en supuestos tales como desamparo del menor, ausencia de representación legal o conflicto de intereses entre los propios del menor y los de su representación legal (68).

Ello nos lleva a profundizar en la *ratio* del precepto, con el fin de evitar interpretaciones *lato sensu*. Para LEAL PEREZ-OLAGÜE la razón de ser de encomendar la protección de este derecho al Ministerio Fiscal

radica en que la aparición del menor en los medios algunas veces es promovida y consentida por sus propios representantes atraídos por la resonancia pública y los efectos económicos que ello puede tener (69). Efectivamente, como dice PANTOJA GARCÍA, además de que a veces los medios de comunicación actúan por criterios comerciales y económicos a ultranza, los menores pueden encontrarse en situación de desprotección por «el desconocimiento, cuando no mala fe, de sus representantes legales que entran a tomar parte de esa actividad mercantil, sin valorar el alcance de dicha actividad para sus hijos o pupilos» (70).

En todo caso, opinamos con GULLÓN que «en esta materia hay que confiar que prepondere el buen sentido frente a los delirios reglamentistas del legislador» (71).

Debe tenerse también especialmente presente la Instrucción 2/93 de la Fiscalía General del Estado «*Sobre función del Ministerio Fiscal y el derecho a la intimidad de los menores víctimas de un delito*» (72). En esta Instrucción, tras constatarse que se están produciendo daños irreparables para menores en el tratamiento periodístico de las noticias relativas a sucesos en que el menor aparece como víctima o testigo, se insta a los Fiscales a que «en aquellos casos en que la divulgación de la noticia permita prever una pronta intromisión en la intimidad o en la imagen del menor y no conste se hayan observado las prescripciones legales, los señores Fiscales valorarán la conveniencia de dirigirse formalmente a los representantes legales del menor y, en su caso, al medio de comunicación que anuncie la divulgación de la noticia a fin de advertir a aquellos de las consecuencias jurídicas que, en orden a la validez del negocio jurídico suscrito, puedan llegar a producirse». También se apunta como vía de intervención en los casos de continuo y pertinaz incumplimiento de las obligaciones inherentes a la patria potestad por «reiterada estrategia de exposición pública del menor para el relato de su propia tragedia» la evaluación de si concurre situación de desamparo del menor conforme al art 172 CC (73).

Por último, la jurisprudencia ha dejado claro que la inactividad del Fiscal ante un ataque a la intimidad de un menor no le priva de legitimación para actuar ante ataques posteriores (74).

III. -INFORMACIONES ACERCA DE MENORES QUE HAN INCURRIDO EN CONDUCTAS DELICTIVAS

1. Antecedentes

Si el menor se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Derecho de Reforma, es claro que en ningún caso la información podrá revelar la imagen o el nombre completo del menor, pues evidentemente, aunque pudiera existir interés informativo, se trataría de una información que objetivamente perjudicaría al menor. Este aserto tenía expreso refrendo legal en la la LO 4/92, de 5 de junio, Reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores (75), que disponía en su regla 14 que «*en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor, ni datos que permitan su identificación*» (76).

Incluso en la fase anterior a la entrada en vigor del CP 1995 y de la LORPM 5/2000, se entendió que el menor mayor de 16 años y por tanto sometido a la jurisdicción penal de adultos seguía disfrutando de la protección reforzada dispensada a la intimidad de los menores (77).

2. Pronunciamientos internacionales

El punto 8 de las Reglas de Beijing (78) dispone que «*para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudiquen a los menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad. En principio, no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de un menor delincuente*».

Cabe citar también el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España el 13 de abril de 1977, que en su artículo 14.1 establece la limitación de la publicidad de los pleitos en que se vean envueltos los menores.

El art 6 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales expresamente prevé la posibilidad de restringir la publicidad de juicio penal en aras a la protección de los intereses de los menores, precepto este que puede fundamentar la protección tanto del menor delincuente como la del menor víctima. El TEDH ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la materia (79).

3. Situación en Derecho comparado

La mayoría de las legislaciones sigue los postulados marcados por las Reglas de Beijing. Así, en el ámbito iberoamericano, cabe citar el artículo 545 de la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente de Venezuela, de 2 de octubre de 1998 (80).

En Puerto Rico, la Ley de Menores n.º 88, de 9 de julio de 1986, establece fuertes restricciones a la publicidad y a la información en su artículo 37 (81).

En Canadá, la *Young Offenders Act* establece la prohibición de publicar informaciones sobre delitos cometidos por menores (art. 18) (82).

En el ámbito europeo, en Francia, se prohíbe la comunicación en la prensa de la identidad del menor, así como todos los elementos que permitan su identificación; la sentencia puede ser objeto de publicación pero sin que aparezca el nombre del menor (83). En Italia, el artículo 12 del DPR 448/1988, de 22 de septiembre, establece la regla general del juicio a puerta cerrada y la prohibición de difusión de informaciones que identifiquen al menor infractor (84).

4. Regulación en la LORPM

El artículo 35.2 LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, dispone 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*».

El ordenamiento jurídico, en estos supuestos, incrementa aún más si cabe la protección de los menores contra actos de inmisión en sus derechos a la intimidad o a la propia imagen (85).

La finalidad de la regulación es clara: la identificación del menor infractor en los medios de comunicación traería consigo el riesgo cierto del etiquetaje del mismo como delincuente, con los devastadores efectos de estigmatización y de correlativa puesta en peligro del objetivo de la reinserción (86). La teoría de la profecía que se autorrealiza o del denominado efecto pigmalión o del *labelling approach* fue demostrada por Robert Rosenthal, profesor de psicología social de la Universidad de Harvard, que demostró que «el poder de lo que esperamos de otra persona es tan grande que por sí mismo puede condicionar su comportamiento... lo que creemos que uno es capaz de hacer, resulta decisivo para su evolución positiva» (87).

El posible interés informativo de la noticia cede, pues, ante la necesidad de protección de los intereses del menor afectado (88). Debe en todo caso partirse de que respetando los límites de artículo 35.2 LORPM serán perfectamente legítimas las informaciones acerca de hechos delictivos cometidos por menores y del desarrollo del proceso penal incoado al menor (89).

Resulta también interesante resaltar aquí la existencia de una cláusula general defensora de la intimidad de los menores para el ámbito de las actuaciones de protección de menores, concretamente, en el

artículo 13.3 LOPJM se dispone que *las autoridades y las personas que por su profesión o función conocen el caso actuarán con la debida reserva.*

IV. -LOS MENORES COMO SUJETOS ACTIVOS DE LA INTROMISIÓN EN LA INTIMIDAD DE OTROS MENORES

Pese a que alguna resolución de Audiencias Provinciales lo ha puesto en duda (90), en nuestra opinión los menores pueden ser sujetos activos y responsables de la intromisión, sin perjuicio de que la responsabilidad civil se extienda a sus representantes legales. A estos efectos, siempre que el menor pueda ser calificado como imputable civilmente, cabría fundamentar su responsabilidad directamente (91). En todo caso, a la hora de abordar el concepto de inimputabilidad civil la doctrina constata que no tiene consagración legal expresa, ni un tope determinado *ex ante*, por lo que habrá de estarse a las circunstancias del caso concreto y del menor concreto (92).

Lo que ocurre en la práctica es que solamente se suele demandar a los representantes legales y no al menor. En el caso analizado por la STS de 13 de octubre de 1998 los menores Manuel y Jorge (de 14 años, los dos) tenían en su poder una fotografía del menor Mariano (también de 14 años de edad), totalmente desnudo, de frente, cuando se encontraba duchándose y publicaron, sin autorización del referido menor, dicha fotografía (o facilitaron su publicación) en un tablón de anuncios de la Plaza Mayor de Baza. En este caso se condenó por infracción de este derecho a indemnizar solidariamente a los padres de los menores (93).

En el caso de ejercer acciones contra el menor civilmente imputable, la demanda debe dirigirse contra los menores y sus representantes legales, al carecer aquellos de capacidad de obrar procesal (94).

V. -ASPECTOS PROCESALES EN LA PROTECCIÓN DEL DERECHO AL HONOR

Ya preveía el artículo 9.1 de la Ley 1/82 la tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas, bien por las vías procesales ordinarias, bien por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución, así como la posibilidad de acudir al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (95).

Tras la aprobación de la nueva LEC, el art 249.4.º establece que se decidirán en el juicio ordinario cualquiera que sea su cuantía *las que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, salvo las que se refieran al derecho de rectificación. En estos procesos será siempre parte el Ministerio Fiscal y su tramitación tendrá carácter preferente.*

También cambian los criterios en relación con la competencia territorial (96): conforme al art. 52.1.6.º LEC, será competente territorialmente el tribunal del domicilio del demandante, y cuando no lo tuviere en territorio español, el tribunal del lugar donde se hubiere producido el hecho que vulnere el derecho fundamental de que se trate. Este fuero es imperativo, conforme a lo dispuesto en el artículo 54.1 LEC, no cabiendo por tanto ni sumisión expresa ni tácita. Parece que este nuevo fuero trata de reforzar la posición jurídica del demandante, normalmente la parte procesal más débil en el pleito contra el medio de comunicación, permitiéndole entablar el combate procesal ante los Juzgados de su propio domicilio.

El supuesto que con más frecuencia se plantea es el de emisión de imágenes en televisiones con cobertura estatal y sede en Madrid o Barcelona cuando el menor al que afecta la inmisión vive en lugar distinto. El Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz (sección sexta) 18/2001, de 10 de abril, que analiza un supuesto de emisión de imágenes por televisión de menores extranjeros no acompañados (97), opta, entendemos que con gran acierto, por considerar competentes territorialmente a los Juzgados del domicilio del menor afectado por la información, con los argumentos de que es en ese lugar donde las consecuen-

cias dañosas se manifiestan con más intensidad y porque así se evita concentrar la práctica totalidad de estos procedimientos en Juzgados de dos ciudades españolas, en donde tienen su sede la generalidad de las editoriales y empresas de telecomunicación existentes en España, con el evidente perjuicio de exigir a los ofendidos su actuación judicial lejos de su localidad de residencia (98).

Como especialidades en el nuevo procedimiento deberá tenerse en cuenta que será aplicable a las peticiones de tutela judicial civil de cualquier derecho fundamental, salvo lo relativo al derecho de rectificación. Se sustanciará conforme a las disposiciones del juicio ordinario (título segundo del libro segundo de la LEC). Siempre intervendrá el Ministerio Fiscal y tendrá en cuanto a su tramitación carácter preferente, dando así cumplimiento a lo previsto en el art. 53.2 CE. Contra la sentencia que se dicte en segunda instancia cabrá en todo caso recurso de casación, conforme a lo dispuesto en el art. 477.2.1.º LEC.

Las acciones están sometidas a un plazo de caducidad y no de prescripción. Conforme al artículo 9.5 de la LO 1/82 estas acciones caducan *transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas*.

VI. PROTECCIÓN PENAL DE LOS SECRETOS DEL MENOR

La LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, en su artículo 4.1, protege el secreto de la correspondencia y las comunicaciones respecto de los menores, estableciendo en su apartado 5 el deber de los padres de respetar estos derechos y de hacerlos respetar por terceros

El antiguo artículo CP 1973 establecía una excusa absolutoria en relación con la conducta de los padres que se apoderasen de los papeles o cartas para descubrir secretos respecto de los hijos o menores bajo su dependencia (99). *A sensu contrario*, la conducta del *extraneus* que participara en la realización de la conducta tipificada (apoderamiento de papeles o cartas para descubrir los secretos del menor) era claramente punible.

En definitiva, el CP 1973 otorgaba protección penal a los secretos del menor, salvo cuando los ataques procedían de los propios progenitores, que de este modo gozaban de amplias posibilidades para acceder a los secretos de los hijos (100).

El nuevo tipo del art. 197 CP 1995 claramente abarca al menor como persona penalmente protegida frente a la inmisión en sus secretos al prever el artículo 201 CP la legitimación del Ministerio Fiscal para denunciar en su nombre. Además el artículo 197.5 CP incorpora como tipo agravado, el descubrimiento o revelación de secretos concernientes a menores (101). Al mismo tiempo el nuevo Código suprime la excusa absolutoria de los padres, por lo que, en principio, la conducta de violación por éstos de los secretos o la intimidad de los hijos, concurriendo el resto de los elementos típicos del artículo 197, sería penalmente sancionable. El Tribunal Supremo ya ha tenido oportunidad de asumir esta interpretación (102), que ha tenido la correspondiente traslación al ámbito de las Audiencias Provinciales (103). Aplicando esta doctrina podemos hacer referencia al auto 290/2002, de 10 de septiembre, de la Sección sexta de la Audiencia Provincial de Madrid en el que se analiza el supuesto de una madre que a través de terceras personas, graba y escucha las conversaciones mantenidas entre su ex cónyuge y sus hijos menores. El Juzgado de Instrucción había acordado el archivo al no considerar penalmente relevante esta conducta. La Audiencia, estimando la apelación, declara que «la tutela o guarda de la madre sobre los hijos interlocutores de la conversación no conlleva, *per se*, la atipicidad de la conducta consistente en grabar y escuchar las conversaciones de éstos con su padre», por lo que ordena la continuación de la instrucción de la causa (104).

La protección penal no alcanza exclusivamente a los secretos, pues como elemento subjetivo del injusto se habla no solo de la finalidad de descubrir secretos sino alternativamente de «vulnerar la intimidad». Igualmente se amplía la protección penal al no quedar el objeto material del delito reducido a papeles o cartas, como ocurría en el CP de 1973 (105); por el contrario, el apoderamiento puede tener por objeto

mensajes de correo electrónico o «cualesquiera otros documentos o efectos personales» siendo también típica la interceptación de comunicaciones o la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación.

Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos son delitos semipúblicos, pues exigen como condición de procedibilidad la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. En el caso de los menores se plantean varias cuestiones: ¿puede el menor presentar por sí mismo la denuncia, colmando de este modo la condición de procedibilidad?, ¿qué ocurre si el representante del menor denuncia contra la expresa voluntad de éste? El artículo 201 CP también prevé que cuando la persona agraviada sea menor de edad, pueda formular denuncia el Ministerio Fiscal. Esta posibilidad también plantea la cuestión de qué ocurriría si la voluntad del menor es claramente contraria a la denuncia.

En cuanto a la posibilidad de que el menor formule por sí la denuncia, debe tenerse en cuenta que nuestro ordenamiento no exige una capacidad de obrar determinada para ello. Únicamente, en el art. 261 LECrim se exceptúa de la obligación general de denunciar a los impúberes (106), pero sin que ello quiera decir que, a la inversa, los menores no puedan formular denuncia (107). Habrá que estar al principio general de que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores deberán interpretarse restrictivamente (art. 2 LO 1/96) e igualmente a la capacidad natural que se aprecie en cada caso en el menor, que de tener suficientes condiciones de madurez habrá de entenderse capacitado para realizar tal acto, conforme a lo dispuesto en el artículo 163 CC.

En cuanto a la denuncia formulada por el representante legal o por el Ministerio Fiscal contra la expresa voluntad del menor, en mi opinión deberían distinguirse dos supuestos: cuando el menor no tenga suficientes condiciones de madurez, en cuyo caso no habría de darse mayor relevancia a su oposición, y el del menor con suficientes condiciones de madurez para entender los hechos que motivan la denuncia y la trascendencia de ésta. En este último caso opinamos que, de acuerdo con los principios que informan la regulación de la capacidad de obrar del menor maduro y conforme a lo dispuesto en el artículo 2 LO 1/1996 y artículo 162 CC, pese a la parca regulación del artículo 201 CP, habría de entenderse no cumplimentada la condición de procedibilidad y, consiguientemente, debiera tenerse por no formulada en forma la denuncia (108). Debe recordarse en este punto que la LO 1/82 da relevancia al consentimiento del menor maduro como causa de justificación de la intromisión (109).

Esta protección del secreto de las comunicaciones y la supresión de la excusa absolutoria no supone que en todo caso esté prohibido el acceso de los padres a los secretos del menor. La conducta podrá estar amparada por una causa de justificación, concretamente en el n.º 7 del artículo 20 CP (cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo) y mediatamente en el artículo 154 CC en cuanto atribuye a los titulares de la patria potestad la obligación de velar por los hijos y procurarles una formación integral (110). Claro es que el ejercicio de este complicado *officium* justificará en ocasiones la intromisión en las comunicaciones del hijo menor. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurría con el anterior CP, en el que la conducta era siempre impune, será necesario, para llegar a la conclusión de la justificación de la conducta, analizar en cada caso si se cumplen los requisitos de la circunstancia n.º 7 (111).

VII. MEDIDAS CAUTELARES

Con la LO 1/1982 cabe adoptar la medida cautelar de prohibir la emisión de programas (112). El artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/82 señala que 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 tales medidas pueden incluirse las de orden cautelar encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima (113). El Juez también podría adoptar la medida de suspensión de la emisión de un programa para evitar

perjuicios al menor, con fundamento en el artículo 158.4 CC. Existen ya precedentes en el uso de tal facultad (114) .

El Tribunal Constitucional por lo demás ha admitido la legitimidad constitucional de este tipo de medidas adoptadas en el proceso penal, con carácter cautelar. El supuesto del análisis de la STC núm. 187/1999 (Sala Segunda), de 25 octubre, venía constituido por el anuncio de la emisión de un programa «La máquina de la verdad» en una cadena de televisión en el que se iban a tratar aspectos relativos a la intimidad de un menor. El TC declara que «el Juez, con los elementos de juicio puestos a su disposición, hizo una ponderación razonable de los intereses y valores, bienes y derechos en juego. En efecto, no sólo tuvo en cuenta la buena marcha del proceso penal, sino también, como es natural, la protección a la intimidad del menor y, en definitiva, impidió que la institutriz repitiera las mismas informaciones, datos o hechos y opiniones que eran objeto de investigación por un supuesto delito de injurias, reiteración que era lógicamente presumible del contenido de las “cuñas” publicitarias» (115) .

VIII. -DISPOSICIONES PROTECTORAS DE LA INTIMIDAD E IMAGEN DEL MENOR EN LA TELEVISIÓN

Existe un importante *corpus* normativo regulador del medio televisivo tanto en el ámbito estatal, autonómico, local, como respecto de los medios públicos y privados, con disposiciones específicas tendentes a proteger específicamente el honor, la intimidad y la propia imagen del menor.

En este sentido pueden citarse con carácter general la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, incorporada a nuestro ordenamiento interno por la Ley 25/1994, de 12 de julio, modificada por Ley 22/1999, de 7 de junio. Esta Ley dispone en su artículo 1.5 que tiene por objeto defender los intereses legítimos de los usuarios y, en especial, de los menores para preservar su correcto desarrollo físico, mental y moral.

El artículo 4 de la Ley 4/80, de 10 de enero, reguladora del estatuto de la Radio y la Televisión, que establece que «la actividad de los medios de comunicación del Estado se inspirará... en el principio de la protección de la juventud y de la infancia».

La Ley 10/88, de 3 de mayo, de Televisión Privada, en su artículo 3, establece que su gestión se inspirará en los principios expresados en el artículo 4 de la Ley 4/80.

La Resolución de 22 enero 2001, de la Dirección General de Ente Público RTVE, por la que se hacen públicas las normas reguladoras de la emisión de publicidad por «Televisión Española, SA», publicada en el BOE del mismo día, establece, entre otras causas, que «será considerada publicidad ilícita: ...la que no respete el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; y en general, toda aquella que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer».

La Ley 46/1983, de 26 diciembre, reguladora del tercer canal autonómico, dispone en su art. 5 que la actividad de los terceros canales de televisión regulados en la presente Ley se inspirará en los siguientes principios el respeto al honor, la fama, la vida privada de las personas y cuantos derechos y libertades reconoce la Constitución y la protección de la juventud y la infancia. Estos mismos criterios son seguidos por las normativas autonómicas. Así, cabe citar la Ley 5/82 de Creación del ente público Radio Televisión Vasca.

La Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de televisión local por ondas terrestres, que nació con la voluntad de dar cobertura legal a las experiencias de televisión local por ondas terrestres en ámbitos territoriales de carácter estrictamente local, señala que las Comunidades Autónomas podrán dictar las normas correspondientes en el ámbito de su competencia. Esta Ley dispone en el artículo 6 que la prestación del servicio de

televisión local por ondas terrestres se inspirará, entre otros, en los siguientes principios: el respeto al honor, la fama, la vida privada de las personas y cuantos derechos y libertades reconoce la Constitución y la protección de la juventud y de la infancia, de conformidad con lo establecido en el capítulo IV de la Ley 25/1994.

Las Comunidades Autónomas han ido dictando normas, y así, por ejemplo, en el artículo 3 del Decreto 54/2000, de 21 marzo (Castilla-La Mancha), y en el artículo 5 del Decreto 414/2000, de 7 noviembre, sobre Régimen jurídico de las televisiones locales por ondas terrestres (Andalucía), se recogen unos principios generales coincidentes con los de la legislación estatal.

IX. CASUÍSTICA JUDICIAL

Con frecuencia han motivado condenas las informaciones en medios de comunicación en las que se utiliza la imagen de un menor en desamparo para ilustrar reportajes sobre maltrato a la infancia (116) .

Se encuentran igualmente supuestos en los que la imagen de los menores se utiliza con fines publicitarios sin los consentimientos necesarios (117) . Incluso se aprecia vulneración del derecho cuando se utiliza la imagen del menor en una campaña publicitaria altruista sin ánimo de lucro promovida_ por un Ayuntamiento (118) y cuando se utiliza también en campaña publicitaria pero para fines distintos para los que se obtuvo la autorización (119) .

Merece también condena la actuación de un empresario funerario que anuncia su género en un escaparate incluyendo la imagen en fotoesmalte de un menor fallecido varios años atrás, si bien se reduce la indemnización teniendo en cuenta que «el beneficio económico obtenido... es muy reducido; el tiempo que había transcurrido desde el fallecimiento del menor (12 años); la difusión de la imagen, que en el presente caso es muy escasa, pues se limita a la exposición en el escaparate del negocio; el carácter anónimo del menor, sólo conocido por un ámbito reducido de familiares y amigos (120) .

El hecho de que la noticia publicada sea veraz y tenga interés público no legitima la utilización de la imagen del menor o la intromisión en su intimidad (121) , si bien en algún supuesto excepcional se ha dado operatividad a esta circunstancia, teniendo en cuenta las particularidades concurrentes (122) . Sin embargo, se considera ajustada a derecho la información sobre menores veraz y de interés público cuando se adoptan cautelas tales como aplicar una franja negra cubriendo los ojos en las imágenes publicadas e identificarlos sólo por las iniciales: en efecto, se desestima una demanda interpuesta por el Fiscal por la que solicitaba un pronunciamiento judicial declaratorio de la intromisión ilegítima en la intimidad de cinco determinados menores de edad que se habría producido mediante el reportaje publicado en el número 1067 de la revista *Interviú* el cual bajo los títulos -en portada e interior- «Cinco niños violados más de 3.000 veces» y «Todo queda en familia» narraba diversos episodios de graves y reiterados abusos sexuales cometidos en el seno de dos núcleos familiares por padres y hermanos sobre algunos de sus respectivos hijos y hermanos menores de edad acaecidos en sendas localidades de la isla de Gran Canaria (123) .

Utilizar unas imágenes de un menor obtenidas con autorización, en otro contexto completamente distinto, para el que no existía autorización, supone un atentado al derecho fundamental (124) . También atenta al honor y a la propia imagen de una menor de 17 años un reportaje aparecido en una revista, compuesto de fotografías, en las que se ve a una famosa con la menor en la playa, y texto, y que es considerado vulnerador del patrimonio moral de ambas al venir a atribuirles una supuesta relación erótica (125) .

El hecho de que los adoptantes tuvieran notoriedad no restringe el ámbito de protección del derecho a la intimidad de los menores adoptados (126) . El hecho de que la fotografía de la menor desamparada y tutelada por las instituciones de protección hubiera sido publicada en prensa escrita no impide condenar al medio televisivo que emitió un programa con imágenes de la misma (127) .

La intimidad e imagen del bebé también es digna de protección, aunque esta circunstancia debe modular la indemnización habida cuenta que los cambios fisiológicos que necesariamente operarán en el mismo harán muy difícil su ulterior identificación y consiguientes perjuicios (128) .

En todo caso, el TS huye de las generalizaciones y se muestra proclive a analizar caso por caso si existe o no actuación antijurídica respecto de la intimidad o propia imagen del menor (129) .

El derecho al honor y a la propia imagen de un menor puede ser también perturbado por la imposición de una sanción disciplinaria en el ámbito escolar, cuando la misma tiene lugar prescindiendo de normas esenciales de procedimiento y en circunstancias tales que generan un objetivo perjuicio a la honorabilidad del menor. Así, recientemente el TS ha condenado a un centro escolar que expulsó a un menor de forma fulminante, basándose en un presunto consumo de drogas que en absoluto había quedado demostrado (130) .

X. BIBLIOGRAFÍA EMPLEADA

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis, «El consentimiento en la Ley 1/82, de 5 de mayo, con especial referencia al prestado por menores e incapaces», *La Ley*, Año XVIII, Número 4208, 16 de enero de 1997.

CONDE PUMPIDO FERREIRO, Cándido, en «La intervención del Ministerio Fiscal en la autorización prestada por menores e incapacitados a las intromisiones en su honor intimidad y derecho a la propia imagen», *Revista General del Derecho*, núms. 475 y 476, abril-mayo 1984.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, «El tratamiento del secreto y el derecho a la intimidad del menor. Eficacia del consentimiento», *Estudios de Derecho Judicial* 12/1998. *CGPJ*.

DEL MORAL GARCÍA, Antonio, «Derechos Humanos, menores y Ministerio Fiscal», *La Ley*, 1998-6.

DESCHAMPS, Jean Pierre, «El Derecho francés de los menores. El menor y el Juez de menores. Legislación de menores en el Siglo XXI: análisis de Derecho comparado», *Estudios de Derecho Judicial*-18.

DÍAZ ALABART, Silvia, «Responsabilidad civil por hechos realizados por menores de edad (comentario a la STS, Sala Primera, de 22 de enero de 1991)», *Revista del Poder Judicial* n.º 23, septiembre de 1991.

FABIA MIR, Pascual, «Las Especialidades de Procedimiento de Menores con Relación a los Principios del Proceso Penal». *Cuadernos de Derecho Judicial* 5/92.

FOLGUERA CRESPO, José, «Sensacionalismo informativo y protección del menor». *Estudios de Derecho Judicial* 35/1993.

FERRER I RIBA, Josep, y RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, Covadonga, «Niños y adolescentes». *InDret* 1.

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, «Sobre la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor». *La Ley*, 1996-1.

HERRERO TEJEDOR, Fernando, en *Honor, intimidad y propia imagen*, Colex, Madrid, 1990, Pág. 222.

JORDANO FRAGA, «La capacidad general del menor» *RDP* 1984 Págs. 883 a 904.

LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel (coordinadora)-VVAA, *Los menores en el Derecho español*, Ed. Tecnos, 2002.

LEAL PÉREZ-OLAGÜE, M.^a Luisa, en «Comentarios a la LO 1/1996 de 15 de enero, de protección».

LÓPEZ BOFILL, Héctor. *Aranzadi Tribunal Constitucional*, 11/2000.

LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, *La responsabilidad civil del menor*, Dickynson, 2001.

LOUGHRAN, Edward J., y GUARINO-GHEZZI, Susan, «Balancing Juvenile Justice», *Transaction Publishers*, New Jersey 1996.

LUZÓN CUESTA, José María, en *Compendio de Derecho Penal. Parte especial*, Ed. Dykinson, cuarta edición.

MARCHENA GÓMEZ, Manuel, «Protección de la intimidad de menores: perspectivas civil y penal», *Re-*

vista General de Derecho, Valencia, n.º603, diciembre 1994.

NÚÑEZ MUÑIZ, Carmen, en «Algunas consideraciones sobre la Ley Orgánica 1/96 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor», *La Ley*, Año XVII, número 4135.

O'CALLAGHAM MUÑOZ, Xavier, «Personalidad y Derechos de la Personalidad (Honor, Intimidad e Imagen del menor), según la Ley de Protección del Menor» en *La Ley*, Año XVII, número 4077.

PANTOJA GARCÍA, Félix, «El Ministerio Fiscal y el ejercicio de la defensa de los derechos a la intimidad, honor y propia imagen de los menores», *Estudios del Ministerio Fiscal*, núm. 3, 1995.

PAZ RUBIO, José María, en *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Ed. Colex

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual de Derecho Penal*. Ed. Aranzadi Pág.. 477.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho Penal Parte especial*, Madrid, 1983.

ROMEO MALANDA, Sergio, «El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario». *La Ley*, 2000-2.

RUIZ JIMÉNEZ, Juana, *Curso sobre la protección jurídica del menor*, Colex, 2001.

SANTOS MORON, María José, «Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la STC 154/2002 de 18 de julio. *La Ley* Número 5675. 12 de diciembre de 2002.

TIERNO JIMÉNEZ, Bernabé, Plaza & Janés Editores, 2001.

TORRES FERNANDEZ, María Elena, «Los nuevos delitos de secuestro parental e inducción de hijos menores al incumplimiento del régimen de custodia». *La Ley*, 2003-10-23.

NOTAS

(1) Aprobada por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 217 A (III).

(2) DEL MORAL GARCÍA, Antonio, en «Derechos Humanos, menores y Ministerio Fiscal», *La Ley* 1998-6. Además, la infancia es expresamente mencionada en el art. 25.2 DUDH como merecedora de cuidados especiales.

(3) En este mismo sentido se ha dicho que «la minoría de edad no puede suponer una exclusión de los derechos contenidos en la Constitución, especialmente los que aparecen enumerados en el título I». De los derechos y deberes fundamentales, comprendidos en los art 10 a 29 CE. LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina *La responsabilidad civil del menor*, Dickynson, 2001 Pág. 241.

(4) Ratificada por España el 20 de Diciembre de 1990 (BOE 31 de diciembre de 1990) y por tanto parte del Derecho interno desde la publicación de su texto en el Boletín Oficial del Estado. Como se ha dicho acertadamente «su valor reside en que, por primera vez, positiviza los derechos de niño, y, junto a principios orientadores, que no alcanzan más que el grado de compromisos políticos, puesto que no vinculan jurídicamente, pero que, como se ha señalado, son un primer paso para su futura positivización y su articulación como auténticos derechos , al mismo tiempo establece auténticas obligaciones para los Estados de legislar en un determinado sentido . En ella se desarrolla más a fondo y con detalle la aportación original de la Declaración de 1959, consistente en reconocer al *niño como sujeto de derechos específicos por su condición de niño*, derechos que están *vinculados a su particular situación personal, dependiente de los adultos*. Son derechos que tienen su origen en una especial necesidad de protección, que se convierte en una fuente de deberes para los poderes públicos de los distintos Estados». TORRES FERNANDEZ , Maria Elena, «Los nuevos delitos de secuestro parental e inducción de hijos menores al incumplimiento del régimen de custodia». *La Ley*, 2003-10-23.

(5) DEL MORAL GARCÍA, Antonio, *op. cit.*

(6) El artículo 6 LORPM 5/2000 dispone que: «Corresponde al Ministerio Fiscal la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes...»

(7) Ley 50/81, de 30 de Diciembre, modificada por Ley 14/2003, de 26 de mayo. Esta es una función tradicional del Fiscal, y ya el Estatuto de 1926 le atribuía en su art. 2.5 la representación y defensa de los menores.

(8) El principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959 en su resolución 1386 (XIV), declara 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. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño».

(9) Resolución A3-0172/92 de 8 de julio de 1992.

(10) Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia (Comunidad de Madrid); Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención integral a los menores (Canarias); Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia de la Región de Murcia; Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la Infancia (Valencia); Decreto Foral 90/1986, de 25 de marzo; Ley 3/1997, de 9 de junio, Gallega de la familia, la infancia y la adolescencia; Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor de Andalucía; Decreto 57/1988, de 7 de abril, sobre normas reguladoras en materia de protección de menores de Castilla y León; Ley 11/85, de 13 de junio, de protección de menores de Cataluña; Ley 3/99, de 31 de marzo, del menor de Castilla la Mancha; Ley 4/98, de 18 de marzo, del menor de La Rioja; Ley 7/99, de 28 de abril, de protección de la infancia y la adolescencia de Cantabria;

(11) LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel (coordinadora)-VVAA, *Los menores en el Derecho español*, Ed. Tecnos, 2002.

(12) O'CALLAGHAM MUÑOZ, Xavier, «Personalidad y Derechos de la Personalidad (Honor, Intimidad e Imagen del menor), según la Ley de Protección del Menor» en *La Ley*, Año XVII, número 4077.

(13) SSTEDH de 26 de marzo de 1985, caso X e Y; de 26 de marzo de 1985, caso Leander; de 7 de julio de 1989, caso Gaskin; de 25 de marzo de 1993, caso Costello-Robert; y de 25 de febrero de 1997, caso Z. STC 115/2000.

(14) Conforme al art. 8.2 LO 1/82. En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá:

a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.

b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.

c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio.

Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza.

(15) «Ningún niño será objeto de ingerencias 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.

«El niño tiene derecho a la protección de la Ley contra tales ingerencias».

(16) «Todo niño tiene derecho a no ser objeto por parte de un tercero de intrusiones injustificadas en su vida privada, en la de su familia, ni a sufrir atentados ilegales contra su honor».

(17) «Todo niño tiene derecho a ser protegido contra la utilización de su imagen de forma lesiva para su dignidad».

(18) Véase a estos efectos LÓPEZ BOFILL, Héctor, en «Aranzadi Tribunal Constitucional», 11/2000.

(19) Algún caso práctico puede ilustrar esta afirmación: en el supuesto examinado por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Alcobendas de fecha 16 de septiembre de 1998, se analiza el siguiente supuesto: se emite un programa de difusión científica consistente en una intervención quirúrgica a un menor con el consentimiento de los padres aunque sin haber cumplido con la obligación de comunicarlo al Ministerio Fiscal. La sentencia condena por intromisión ilegítima pese a reconocer que no había interés económico ni por el médico ni por los padres y pese a que el programa tenía un interés cultural a fin de informar a los ciudadanos sobre la anestesia y sus riesgos pero se concluye con que no puede ser considerado tan relevante como para que predomine sobre el derecho fundamental a la imagen porque se pudieron utilizar imágenes sin necesidad de identificar al menor.

(20) STC 134/1999 (Sala Primera), de 15 julio, Recurso de Amparo núm. 209/1996: «el legítimo interés de ambos menores de que no se divulguen datos relativos a su vida personal o familiar como aquí sucede parece imponer un límite infranqueable tanto a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] de doña Gisela, como al derecho fundamental a comunicar libremente información veraz [art. 20.1 d) CE] de la revista "Pronto", que es lo que ahora importa, sin que la supuesta veracidad de lo revelado exonere al medio de comunicación de responsabilidad por la intromisión en la vida privada de ambos menores. En estos casos, el que la información sea o no veraz, por indisociable que sea del juicio sobre el inicial encuadramiento del mensaje en el artículo 20.1d) CE a efectos de determinar si el mismo merece protección constitucional, es irrelevante para establecer si ha habido o no lesión del art. 18.1 CE, ya que, si la información transgrede uno de sus límites (art. 20.4 CE) su veracidad no excusa la violación de otro derecho o bien constitucional (SSTC 171 y 172/1990, 197/1991 y 20/1992). Como también es del todo irrelevante que los datos divulgados fuesen ya de dominio público».

(21) «Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones».

(22) FOLGUERA CRESPO, José, «Sensacionalismo informativo y protección del menor». Estudios de Derecho Judicial 35/1993.

(23) CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis, «El consentimiento en la Ley 1/82 de 5 de Mayo, con especial referencia al prestado por menores e incapaces», *La Ley* Año XVIII Número 4208, 16 de Enero de 1997.

(24) En este sentido cabe citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 11, de 14 de Septiembre de 1999 (ponente Suárez Robledano): «dada la evidente madurez del menor referido (próximo ya a la mayoría de edad civil, con madurez incluso acelerada por los avatares de su ascendencia) ha de considerarse que consintió tácita y válidamente la divulgación televisiva de su imagen en atención a lo establecido en los artículos 154 y ss. CC, estando presente en el diálogo mantenido con su madre y sin que mostrara ningún género de oposición a la presencia de las cámaras y de los periodistas o informadores».

(25) El artículo 6.2 del Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina, ratificado por España en Enero de 2000, dispone que «*cuando según la ley, un menor no sea capaz de consentir una intervención, ésta no podrá llevarse a cabo sin la autorización de su representante, de una autoridad, o de la persona o instancia señalada en la ley*». Por tanto, se deja una espita abierta a la posibilidad de que aun siendo menor, el paciente pueda consentir su intervención sin necesidad de que su capacidad sea completada.

En cuanto a los ensayos clínicos con menores, se encuentran regulados en la Ley 25/1990 de 20 de diciembre del medicamento y en el Real Decreto 561/1993 de 19 de abril: en principio, cuando el menor es mayor de 12 años debe concurrir el consentimiento de los padres y además el del menor. Si el menor no ha alcanzado los 12 años, bastará el consentimiento de sus padres. También cabe resaltar que aunque el menor tenga condiciones suficientes de madurez, no bastará con su consentimiento sino que en todo caso

será necesario que concorra también el consentimiento de sus representantes. En los supuestos de uso compasivo del medicamento en fase de experimentación, conforme al artículo 23 del texto analizado, cabe entender que bastará el consentimiento del representante o el del paciente menor con capacidad natural.

En cuanto a la información médica a proporcionar al paciente menor, debe partirse de la inexistencia de una norma específica. Cabe hacer mención a la conclusión 4.^a del «Seminario conjunto sobre Información y Documentación clínica», celebrado en Madrid los días 22 y 23 de septiembre 1997, en un marco de colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Sanidad y Consumo: *Particular énfasis se puso en la problemática que surge, dada la ausencia de regulación específica sobre la materia, cuando el destinatario de la información es un menor «maduro», apuntándose la posibilidad de que se informe directamente siempre que se tenga capacidad natural de juicio y comprensión y otras circunstancias no lo contraindiquen.*

También cabe mencionar la Resolución número C 148/37, de 16 de Junio de 1986, del Parlamento Europeo, sobre una Carta Europea de los Derechos de los Niños hospitalizados, en la que se reconoce el derecho de éstos «a recibir una información adaptada a su edad, su desarrollo mental, su estado afectivo y psicológico, con respecto al conjunto del tratamiento médico al que se le somete y a las perspectivas positivas que dicho tratamiento ofrece».

En regulaciones sectoriales sobre tratamiento médico de menores no se hace distinción entre menores maduros e inmaduros privándoles a todos ellos de capacidad: así, en cuanto a las donaciones de sangre, el artículo 2 del Decreto 1854/1993, de 22 de octubre, exige como requisito para ser donante de sangre el ser mayor de 18 años. En cuanto al trasplante de órganos, la Ley 30/79 de 27 de octubre y el Real Decreto 2070/1999 de 30 de diciembre exigen, que el donante sea mayor de edad.

Podemos convenir con que el menor maduro nunca podrá prestar consentimiento para un acto médico que suponga una lesión irreversible a su salud o una pérdida de un órgano o función. Esto se ve claramente en lo dispuesto en el artículo 156 CP sobre el consentimiento legitimador de trasplante de órganos, cirugía transexual y esterilizaciones.

En cuanto al menor como receptor de un órgano, el artículo 6 de la LETO exige que el receptor exprese por escrito su consentimiento para la realización del trasplante cuando se trate de adulto o por sus representantes legales en caso de pacientes con déficit mentales o menores de edad.

(26) El artículo 30 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y del Procedimiento Administrativo Común 30/1992, de 26 de noviembre, dispone que «Tendrán capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas, además de las personas que la ostenten con arreglo a las normas civiles, los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacitación afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate».

(27) Vid. artículo 9.3.^a y 9.4.^a LORPM «La duración de las medidas no podrá exceder de dos años, computándose, en su caso, a estos efectos el tiempo ya cumplido por el menor en medida cautelar, conforme a lo dispuesto en el artículo 28.5 de la presente Ley. La medida de prestaciones en beneficio de la comunidad no podrá superar las cien horas. La medida de permanencia de fin de semana no podrá superar los ocho fines de semana... En el caso de personas que hayan cumplido los dieciséis años en el momento de la comisión de los hechos, el plazo de duración de las medidas podrá alcanzar un máximo de cinco años, siempre que el delito haya sido cometido con violencia o intimidación en las personas o con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas y el equipo técnico en su informe aconseje la prolongación de la medida. En estos supuestos, la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad podrá alcanzar las doscientas horas, y la de permanencia de fin de semana, dieciséis fines de semana».

(28) Se ha dicho en este sentido que «los menores de edad, por consiguiente, pueden ejercitar por sí

mismos sus derechos fundamentales si poseen la suficiente capacidad de entendimiento para comprender el significado, alcance y consecuencias del acto que realizan y adoptar una decisión consciente y responsable. Conviene resaltar que en tal hipótesis, es decir, cuando el menor posee suficiente capacidad natural, los titulares de la patria potestad carecen de facultades para intervenir en el ámbito de sus derechos de la personalidad». SANTOS MORON, María José, «Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la STC 154/2002 de 18 de julio». *La Ley* Número 5675, 12 de diciembre de 2002.

(29) O'CALLAGHAM MUÑOZ, Xavier, op. cit.

(30) Con otras palabras, se ha expresado esta misma idea «durante la minoría de edad la capacidad no siempre es la misma sino que la dosis de voluntad va progresivamente aumentando, de suerte que la capacidad de un niño no puede parangonarse con la de un adolescente. Desde el momento en que se atribuye relevancia jurídica a los diversos grados de incapacidad natural, se está insinuando que entre la incapacidad y la capacidad de obrar existe un tercer concepto que podríamos denominar capacidad limitada» LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, *La responsabilidad civil del menor*, Dickynson, 2001 Pág. 199.

(31) La Ley Catalana de Protección de los Niños y Adolescentes, de 27 de julio de 1995, engloba dentro de la categoría común de adolescentes a todas las personas con edades comprendidas entre los doce años y la mayoría de edad, para diferenciarlos de los «infants» (niños), concepto aplicable a todos los menores de doce años.

(32) Se ha dicho que la capacidad de obrar del menor es nula en el recién nacido, creciente con la edad hasta el pleno juicio y puede variar en función de las características particulares de cada persona RUIZ JIMÉNEZ, Juana, *Curso sobre la protección jurídica del menor*. Colex, 2001. Otros autores han propuesto la división en tres segmentos distintos: «diferenciaríamos entre el período de la infancia –hasta los siete años aproximadamente, siendo estos menores totalmente incapaces–, los menores de edad mayores de siete años –cuya capacidad o incapacidad será determinada por el Juez, valorando cada caso, según la edad y el desarrollo intelectual– y en tercer lugar, la franja que comprende a los menores próximos al cumplimiento de la mayor edad, respecto de los cuales se ha señalado que en numerosas ocasiones poseen una madurez psicofísica equiparable a la de una persona adulta», LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, *La responsabilidad civil del menor*, Dickynson, 2001 Pág. 168.

(33) Vid. artículo 319, que reputa como emancipado al hijo mayor de 16 años que con el consentimiento de los padres viva independientemente de éstos, y artículo 320 CC, que permite conceder al Juez la emancipación a petición de los mayores de 16 años

(34) BOE núm. 274 de fecha 15 de noviembre de 2002. Esta Ley, según la disposición adicional primera tiene la condición de básica de conformidad con lo establecido en el artículo 149.1.1.^a y 16.^a de la Constitución. Según la disposición final única entrará en vigor en el plazo de seis meses a partir del día siguiente al de su publicación en el BOE.

(35) El tenor literal del artículo 9.3 es el siguiente: *se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.* Este precepto sustituye, en términos que siguen siendo ambiguos e inseguros, al art. 10 de la Ley General de Sanidad 14/86, de 25 de abril, que preveía la necesidad de consentimiento escrito para la realización de una intervención salvo cuando no se esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares o personas allegadas y salvo cuando la urgencia no

permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento; nótese que no se habla de menores sino de personas que no estén capacitadas para tomar decisiones.

(36) Comentando este precepto se ha dicho que «si el menor tiene suficiente capacidad para decidir por sí mismo..., tanto sus padres como el médico que lo trate deben respetar su voluntad» SANTOS MORON, María José, op. cit. Esta conclusión entendemos es extremadamente peligrosa. En nuestra opinión es, además, errónea, pues se contradice con otros preceptos legales, en los que late claramente la idea de limitar la autonomía del menor para evitar que el mismo pueda adoptar decisiones claramente contrarias a su salud o integridad (vid. art. 156 CP). En el mismo sentido que postulamos ROMEO MALANDA, Sergio, «El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario». *La Ley*, 2000-2.

(37) Como muestra de estas discrepancias para HERRERO TEJEDOR «hubiera sido conveniente fijar la tradicional del uso de razón, los siete años» HERRERO TEJEDOR, Fernando, en *Honor, intimidad y propia imagen*, Colex, Madrid, 1990 Pág. 222. Para CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, op. cit., es a los 12 años cuando el menor alcanza la madurez. Para CONDE PUMPIDO FERREIRO los mayores de 14 años en todo caso y los mayores de 12 años en los supuestos en que la cesión de la imagen no ofrezca especiales rasgos de complejidad, podrán ceder, contratar y consentir por sí mismos sin necesidad de intervención del Ministerio Fiscal (CONDE PUMPIDO FERREIRO, Cándido, en «La intervención del Ministerio Fiscal en la autorización prestada por menores e incapacitados a las intromisiones en su honor intimidad y derecho a la propia imagen», *Revista General del Derecho*, núms. 475 y 476 abril-mayo 1984).

(38) Expresando la variabilidad de la madurez del menor a través de las distintas fases de la infancia se ha dicho que «se parte de considerar al menor como una persona limitadamente capaz, y se entiende que cuenta con capacidad de obrar restringida, con el objetivo de potenciar el desarrollo de su personalidad, pero al mismo tiempo fijando el control y la asistencia necesaria, que suplan las carencias inherentes a su edad. En ese sentido, la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, establece en su artículo 2.2 que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se deben interpretar restrictivamente. Y dado que la capacidad plena se alcanza con la mayoría de edad, por entenderse que en ese momento se ha completado el desarrollo personal de un adulto, se considera que la capacidad limitada del menor no es siempre la misma, sino que atraviesa distintas fases o grados vinculados a la evolución de la aptitud o capacidad natural como concepto psicológico ligado, directamente, a la progresión del discernimiento y la voluntad», TORRES FERNANDEZ, María Elena, «Los nuevos delitos de secuestro parental e inducción de hijos menores al incumplimiento del régimen de custodia». *La Ley*, 2003.

(39) En conclusión, como dice O'CALLAGHAM, op. cit., a la vista de la realidad social que, como elemento de interpretación, propugna el art 3.1 CC, y teniendo en cuenta las últimas reformas del CC a partir de 1981, y el artículo 2.2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, se deduce hoy día la consideración de una capacidad de obrar general, aunque limitada, del menor.

(40) Así, por ejemplo, podemos citar un caso en el que los hechos se reducen a una entrevista en un programa de televisión al menor de 14 de años de edad, cuyo entrevistador no aparece, en el Hospital «12 de octubre» de Madrid, donde se halla en la cama y cuenta cómo fue agredido por otros jóvenes, que le golpearon y le asestaron varios navajazos, de cuyas heridas se restablece en dicho Hospital; cuenta también que su madre le pegaba con la mano y que se marchó de casa y fue llevado a un centro de menores; a continuación, el mencionado presentador entrevista a la madre, que manifiesta que su hijo es muy agresivo, que un familiar le indujo a actuar contra la madre, que le denunció por malos tratos, que se escapaba e iba por la calle vendiendo pañuelos y que se junta con malos amigos. La agresión se produjo en un centro de la Comunidad de Madrid y por otros chicos internados en el mismo centro. El presentador del programa alude a la situación de malos tratos sufrida por el menor, así como también lo hace la madre. Interpone demanda el Fiscal de Menores. En la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Madrid

de fecha 24 de enero de 1995, confirmada en estos extremos por la SAP Madrid (Sección 8.ª) de fecha 23 de mayo de 1997, se contiene el siguiente pronunciamiento por lo que aquí nos interesa: el menor prestó su consentimiento, y si bien tenía 14 años presentaba un retraso psíquico moderado y una personalidad con tendencia reseñable a la manipulación. No puede por tanto atribuirse eficacia al consentimiento dado por el menor. Sin embargo, en el recurso de casación se estima el recurso: la STS núm. 287/2003 (Sala de lo Civil), de 26 marzo, declara sin embargo que «tanto lo que se dice, como la imagen que aparece, se hace en presencia y con consentimiento de la madre, representante legal del menor; es cierto que debería haber otorgado el consentimiento por escrito y haberlo puesto en conocimiento del Ministerio Fiscal, tal como obliga el artículo 3.2 de la Ley de Protección del Derecho al Honor, Intimidad e Imagen cuyo incumplimiento le afecta a ella, no a los demandados. Además, a mayor abundamiento, el artículo 3.1 dispone que el consentimiento lo preste el menor si sus condiciones de madurez lo permiten, lo que coincide con el artículo 162, segundo párrafo, 1.º; del Código Civil (LEG 1889\27). No está claro si reunía las condiciones de madurez: la sentencia de instancia dice que «sufría un ligero retraso mental» pero no especifica y lo cierto es que ni estaba incapacitado ni el retraso era notorio; la sentencia de instancia deduce -no lo declara como hecho probado- que «no había tal madurez» de la situación de limitación por haber recibido dos días antes cinco puñaladas, pero tal deducción no puede aceptarse, partiendo de que se presume una capacidad normal, mientras no se acredite una incapacidad, y el joven de 14 años, de una vida -como el mismo relata- desgraciada y agitada, no permite negar unas claras condiciones de madurez, para consentir una entrevista por televisión.

En la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Alcobendas de fecha 8 de junio de 1994, confirmada por SAP Madrid Sección 21.ª de fecha 7 de octubre de 1997, se analiza el siguiente supuesto: en un programa de televisión se emitió un reportaje sobre dos menores en el que aparecían sus fotografías y se comentaban hechos de los que presuntamente habían sido víctimas, así como circunstancias de su vida personal, dándose a conocer su precaria forma de vida y sometimiento a agresiones sexuales y malos tratos por parte de sus familiares, sin haber recabado el consentimiento de los representantes legales ni haberlo notificado al Ministerio Fiscal. Se realizan los siguientes pronunciamientos por lo que ahora nos interesa: las menores tenían 12 y 14 años, no teniendo madurez para consentir teniendo en cuenta que tenían un carácter fantasioso, inmaduro e irresponsable.

(41) Para JORDANO FRAGA, «la capacidad general de los menores no emancipados, además de ser, por definición, de ámbito limitado, sería variable o flexible, en función del grado de desarrollo intelectual y personal que socialmente corresponde a cada edad». En «La capacidad general del menor» RDP 1984 Págs. 883 a 904.

(42) Para la SAP de Pontevedra de 20 abril 1994 (Rollo de Apelación núm. 219/1993, Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio César Picatoste Bobillo) «estas cautelas vienen exigidas por la ley en evitación de abusos en la “subjetivación” de un derecho ajeno por parte del representante o tutor... requisitos de “ius cogens” y que por tanto no pueden ser objeto de disposición por las partes, ya que vienen impuestos en beneficio del menor, para la protección de sus intereses y defensa de sus derechos».

(43) PANTOJA GARCÍA, Félix, «El Ministerio Fiscal y el ejercicio de la defensa de los derechos a la intimidad, honor y propia imagen de los menores», Estudios del Ministerio Fiscal, núm. 3, 1995. Ministerio de Justicia. También FOLGUERA CRESPO, op. cit, ha defendido la nulidad del negocio concertado sin cumplir con la obligación de comunicación.

(44) SAP Madrid (Sección 19.ª), de 11 marzo 1999, (Ponente: Ilmo. Sr. D. Epifanio Legido López): «la menor Silvana M. A. M., estaba ya sujeta a tutela automática por parte de la Junta de Castilla y León, como se deduce de la documentación obrante a los folios 13 y siguientes. Luego la señora M. nunca podía prestar el consentimiento cuando ya no estaba ejerciendo la patria potestad y menos aún los supuestos guardadores de hecho, por lo que, más intensamente, se hacía necesaria la autorización del Ministerio Público

para velar por los derechos de una menor extranjera traída a España irregularmente; añadir que las autoridades administrativas (Junta de Castilla y León) comprueban la situación de desamparo y de inmediato se procede a la tutela automática con la intervención del Ministerio Fiscal».

(45) En la STS 1.ª 816/1996, de 7 de octubre de 1996 (Ponente: Excmo. Sr. Almagro Nosete), se señala que «es necesario además, para que surta eficacia, el consentimiento del representante legal y la cooperación del Ministerio Fiscal, cuya intervención actúa a modo de asentimiento, autorización o ratificación. El representante legal del menor deberá otorgar el consentimiento por escrito, pero previamente está obligado a ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal (art. 3.2). Sólo con la intervención del Fiscal el consentimiento surte efecto o, en caso de oponerse el Fiscal, mediante resolución judicial que lo apruebe. El consentimiento para realizar un acto de disposición de cualquiera de las facultades que constituyen el contenido de los derechos fundamentales regulados en la LO 1/1982, cuando se trata de menores sin condiciones de madurez, sólo se logra, por tratarse de una categoría jurídica perteneciente a los actos complejos, con la intervención de su representante legal y del Ministerio Fiscal».

En la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 46 de Madrid de fecha 5 de febrero de 1996, se enjuiciaban los siguientes hechos: en el programa de televisión se dieron datos sobre la vida privada del menor (muerte de su padre, abandono por su madre, lugar de residencia) y se entrevistó a los entonces guardadores de hecho. En la sentencia se declara que no existió consentimiento de los representantes legales (Entidad Pública de Protección de Menores) ni comunicación al Ministerio Fiscal...» de lo que resulta que faltan los dos requisitos que la Ley exige... constituyendo pues una intromisión ilegítima y un uso de imagen ilegítimo».

En la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Madrid de fecha 24 de enero de 1995, confirmada en estos extremos por la SAP Madrid Sección 8.ª de fecha 23 de mayo de 1997, se declara que cuando el consentimiento prestado en nombre del menor no conste por escrito y se notifique al Ministerio Fiscal no despliega sus efectos y en consecuencia no excluye el carácter ilegítimo de la intromisión. En la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Alcobendas de fecha 16 de septiembre de 1998 se entiende que el requisito de poner en conocimiento del Fiscal el consentimiento es de "ius cogens", ya que viene impuesto en beneficio del menor siendo su finalidad la de evitar abusos de un derecho ajeno por parte del representante o tutor.

(46) Memoria de la Fiscalía General del Estado, año 1994, Págs. 1055 a 1063.

(47) HERRERO TEJEDOR, Fernando, op. cit., Pág. 223.

(48) O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*. Ed. Revista del Derecho Privado.

(49) En el mismo sentido, la Instrucción 2/93 de la Fiscalía General del Estado, que considera competente para conocer el asunto el órgano judicial del lugar del domicilio del menor o el del lugar en el que la pretendida difusión vaya a verificarse.

(50) En el punto 1.2 del documento de conclusiones literalmente se recogía que «Respecto a la difusión de información relativa a un menor que perjudica su interés, se ha revelado como una vía ágil y versátil la que abre el artículo 158 CC para adoptar las medidas cautelares con el fin de dejar sin efecto los consentimientos otorgados ante una divulgación, ya que pueden acordarse en un procedimiento que está ya abierto (civil o penal) o en un procedimiento de jurisdicción voluntaria».

(51) CONDE PUMPIDO FERREIRO, Cándido «La intervención del Ministerio Fiscal en la autorización prestada por menores e incapacitados a las intromisiones a su honor, intimidad y derecho a la propia imagen» RGD n.º 475 abril de 1984 y n.º 476 mayo de 1984.

(52) En este sentido, CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, op. cit.

(53) La irrelevancia del consentimiento del menor y la legitimación autónoma del Ministerio Fiscal ya se contenían en el Anteproyecto de Ley de Derechos del Menor, inmediato antecedente prelegislativo de la LO

1/1996.

(54) En efecto, la Exposición de Motivos expresamente declara que «... con el fin de reforzar los mecanismos de garantía previstos en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, se prohíbe la difusión de datos o imágenes referidos a menores de edad en los medios de comunicación cuando sea contrario a su interés, incluso cuando conste el consentimiento del menor. Con ello se pretende proteger al menor, que puede ser objeto de manipulación incluso por sus propios representantes legales o grupos en que se mueve. Completa esta modificación la legitimación activa al Ministerio Fiscal».

(55) La constatación de que nos encontramos ante un régimen reforzado también la expresa la denominada jurisprudencia menor: En esta línea está el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz (sección sexta) 18/2001, de 10 de abril, que declara que el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1996 refuerza los mecanismos de garantía previstos en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Familiar y Personal y a la Propia Imagen.

(56) O'CALLAHAM MUÑOZ, Xavier, op. cit. En este mismo sentido, LEAL PÉREZ-OLAGÜE, para quien es necesario sustraer a la excepción que produce el consentimiento los supuestos en los que la ingerencia se realiza en medios de comunicación. LEAL PÉREZ-OLAGÜE, M.^a Luisa, en «Comentarios a la LO 1/1996 de 15 de Enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del CC y de la LEC». *La Ley*, 1996-2.

(57) En este mismo sentido se pronuncia CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, op. cit., que critica esta regulación al entender que la Ley no aclara quién ha de valorar la conveniencia de la intromisión con los intereses del menor «creando con ello una laguna susceptible de causar algún perjuicio a quien en definitiva, trata de proteger».

(58) Vid. a título ejemplificativo, SAP Madrid (Sección 12^a), de 30 abril 2001 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Vicente Zapater Ferrer) «... este panorama claro ha sido objeto de modificación por la Ley 1/1996, de 15 de enero, que considera intromisión ilegítima cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honor o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales (art. 4.3), con lo que la finalidad de la norma ha de cumplirse siempre, pese a que el menor dé su consentimiento: se considera intromisión ilegítima sin distinción de casos.

(59) La filosofía de la LO 1/96 se basa en «la voluntad del legislador de reconocer plenamente la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, en la línea del nuevo enfoque que en los finales del siglo XX, en la mayoría de países desarrollados, se busca en la construcción de los derechos humanos de los menores. El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, trata de evolucionar, progresivamente, hacia una concepción de los menores de edad como sujetos activos, por ser la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección de la infancia el promover su autonomía como sujetos», CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, «El tratamiento del secreto y el derecho a la intimidad del menor. Eficacia del consentimiento», *Estudios de Derecho Judicial* 12/1998. CGPJ.

(60) La Exposición de Motivos de la Ley explica con nitidez estos nuevos fundamentos filosófico-jurídicos sobre el menor: «este enfoque... consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos. El desarrollo legislativo postconstitucional refleja esta tendencia, introduciendo la condición de sujeto de derechos a las personas menores de edad. Así, el concepto “ser escuchado si tuviere suficiente juicio” se ha ido trasladando a todo el ordenamiento jurídico en todas aquellas cuestiones que le afectan. Este concepto introduce la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos. Las limitaciones que pudieran derivarse del hecho evolutivo deben interpretarse de forma restrictiva. Más aún, esas limitaciones deben centrarse más en los procedimientos, de tal manera que se adoptarán aquellos que sean más adecuados a

la edad del sujeto. El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás. El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad. Y, por lo tanto, es el reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas menores de edad. Esta es la concepción del sujeto sobre la que descansa la presente Ley: las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección».

(61) NÚÑEZ MUÑIZ, Carmen, en «Algunas consideraciones sobre la Ley Orgánica 1/96 de 15 de Enero de Protección Jurídica del Menor», *La Ley*, Año XVII, número 4135.

(62) El vuelco legislativo sin duda trae causa en el hecho sociológico de que en los años inmediatamente anteriores a la publicación de la LO 1/96 los *reality shows* alcanzaron un enorme auge, enfocando en numerosas ocasiones en dirección a los menores. Así se exponía que «los índices de audiencia reaccionan al alza cuando la puesta en escena de la información se enriquece con la deleznable divulgación de la tragedia o el sentimiento ajenos. Contribuyen a ello, no sólo los altos niveles de indiscreción sociológica, sino, lo que es más lamentable, el importante rendimiento lucrativo que los protagonistas de la noticia pueden llegar a obtener a cambio de la interesada escenificación de su tragedia», MARCHENA GÓMEZ, Manuel, «Protección de la intimidad de menores: perspectivas civil y penal», *Revista General de Derecho*, Valencia, n.º 603 diciembre 1994.

(63) El cambio aparece nítidamente reflejado en la STS 778/2000 de 19 de julio (Ponente: Excmo. Sr. GULLÓN BALLESTEROS). Los hechos analizados son los siguientes: El día 19 de junio de 1992 la cadena de televisión RTV Procono-Málaga emitió un programa titulado «qué verde, qué verde», consistente en la participación de dos concursantes femeninas y otro masculino, a los que indistintamente se formulaban preguntas sobre la historia y anécdotas de la ciudad de Málaga, y si no se acertaba en la respuesta, se perdía una prenda de vestir, ganando el concurso el concursante que no quedaba desnudo. En el calendario día intervino el menor Francisco C. A. y su novia. La sentencia realiza los siguientes pronunciamientos: El artículo 3 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo distingue entre el consentimiento de los menores que tienen madurez para prestarlo por sí mismo, para que no haya intromisión ilegítima en el ámbito protegido, y el de los que no poseen esa madurez, en cuyo caso ha de otorgarse por escrito por su representante legal con obligación de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal para que pueda oponerse en el plazo de ocho días, resolviendo entonces el Juez. Para los primeros el consentimiento se exige que sea expreso (art. 2), y para los segundos esa expresión se requiere constitutivamente que tenga forma escrita. Con anterioridad a la calendada Ley, el Código Civil, en su reforma de 1981, excluyó la representación legal de los padres titulares de la patria potestad, respecto a los «actos relativos a derechos de la personalidad a otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo» (art. 162.1.º). Este panorama claro ha sido objeto de modificación por la Ley 1/1996, de 15 de enero, que considera intromisión ilegítima cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honor o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales (art. 4.3), con lo que la finalidad de la norma ha de cumplirse siempre, pese a que el menor dé su consentimiento: se considera intromisión ilegítima sin distinción de casos. Pero tal legislación no es aplicable al caso de autos porque los hechos ocurrieron el 19 de junio de 1992. La consecuencia de toda esta argumentación legal es que en el

caso controvertido la validez y eficacia del consentimiento del menor está sometida a que reuniese las condiciones de madurez suficientes. Las dos sentencias absolutorias de instancia así lo afirman, y esta Sala no encuentra en los autos ni la más mínima prueba de lo contrario. El menor tenía entonces 16 años, edad que en los tiempos actuales es suficiente para conocer lo que se pedía en el programa televisivo y su fuerte carga erótica; el menor se nos dice que tenía «novia», lo que corrobora lo acabado de confirmar. De ahí que carezca de buen sentido negar validez y eficacia jurídica a su consentimiento, y afirmar que el programa televisivo en el que el menor participaba en esas condiciones constituye una vulneración de los derechos protegidos por la Ley 1/1982 del actor.

(64) Así, la Circular 1/2001, de 5 de abril, relativa a la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del fiscal en los procesos civiles dispone que *los Sres. Fiscales cuidarán de que la documentación de las actuaciones judiciales se realice siempre con pleno respeto y salvaguarda de los legítimos derechos e intereses de las partes e intervinientes, máxime cuando se vean comprometidos menores o incapaces.*

(65) Para PANTOJA CARCÍA, Félix, op. cit., las resoluciones de los Juzgados de Primera Instancia habían venido reconociendo sin lugar a dudas esta legitimación. Efectivamente, tanto los Juzgados de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Madrid, en reiteradas sentencias admitieron la legitimación del Fiscal. Sin embargo, esta opinión no era pacífica y algunos autores como MARCHENA GÓMEZ y DEL MORAL GARCÍA rechazaban la tesis de la legitimación del Fiscal. De hecho era significativo el silencio que la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/93 guardaba al respecto. Distinta a la legitimación activa era la actuación del Fiscal en el procedimiento de protección del derecho al honor como interviniente (no demandante) en defensa de la legalidad y el interés público, que con carácter general siempre se le ha reconocido.

(66) La perplejidad y confusión que la posición del Ministerio Fiscal genera en esta materia se refleja en la SAP Provincial Barcelona (Sección 16.^a), de 28 junio 2000, que, sorprendentemente, aunque analiza hechos acaecidos en 1998, no tiene en cuenta la LO 1/1996 ya en vigor, aunque no obstante reconoce legitimación al Fiscal. Para esta sentencia analizando la legitimación del MF «ciertamente el artículo 3.7 del Estatuto del Ministerio Fiscal impone su intervención en la representación y defensa de los menores que carezcan de representación legal y en el caso presente tal representación residía en los padres, que la ejercieron mediante la presentación de su demanda, pero no es menos cierto que en esta clase de procesos el artículo 12 de la Ley Orgánica 62/1978 establece la legitimación como demandante del Ministerio Fiscal y su inciso final dispone que será siempre parte de estos procedimientos. Así las cosas, y aun cuando se llegara a la conclusión de que, una vez planteada la demanda por los padres, representantes legales de la menor, no tenía razón de ser la actuación del Ministerio Fiscal como demandante, siempre sería parte en la relación procesal suscitada y no propiamente como demandado al uso, esto es como oponente a la demanda, sino, al amparo de lo dispuesto en el artículo 124 de la Constitución y artículo 3.3 de su Estatuto, como promotor y garante de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, lo que puede llevarle, y de hecho así es a menudo, a mantener la pretensión ejercitada en la demanda, coadyuvando a la consecución más eficaz de la protección de los derechos fundamentales. Que la postura del Ministerio Fiscal se exteriorizara a través de la contestación a la demanda, como se hizo en el caso de la demanda inicial presentada por doña Ivonne R., o a través de un escrito de demanda independiente a la presentada por los padres, a la que más tarde acabó acumulándose, no cambia las cosas, pues en definitiva su intervención preceptiva ha tenido lugar y a través de ella ha manifestado su postura en protección de los intereses de la menor.

(67) Son en este punto en nuestra opinión claramente trasladables las directrices que incorpora la Circular 3/1998, de 23 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de lo Contencioso-Administrativo que expresamente hace un llamado a la prudencia a la hora de promover

demandas de protección de derechos fundamentales: «Capítulo aparte merece por su importancia y singularidad la legitimación del Ministerio Fiscal en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales, ahora incorporado a la LJ sin apenas recibir cambio la anterior regulación de la Ley 62/1978. No cabe abrigar dudas sobre la legitimación del Ministerio Fiscal para emprender acciones en caso de actuaciones lesivas de los derechos fundamentales. Y en tal sentido ha de pronunciarse, superadas anteriores vacilaciones, la Fiscalía General del Estado. El mandato contenido en el artículo 124 CE de promover la acción de la justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos, que reproduce el artículo 3.3 del Estatuto Orgánico, así lo exige. No obstante, el Fiscal ponderará cuidadosamente el juego de los intereses concurrentes en cada caso y en principio deberá tomar conocimiento de la opinión de los particulares presuntamente afectados por la lesión, abriendo un cauce preliminar de información para audiencia de los afectados con el objeto de valorar la oportunidad y pertinencia de la impugnación del actuar administrativo. Los señores Fiscales harán por ello un uso prudente y ponderado de las facultades de legitimación inicial que en este ámbito jurisdiccional cabe reconocer al Ministerio Público».

(68) En el mismo sentido, DEL MORAL GARCÍA considera que quizás la previsión haya ido demasiado lejos al imponer la obligación de accionar siempre que se aprecie la existencia de una intromisión, entendiéndose que bastaba una legitimación subsidiaria que abarcase sólo los casos en que los representantes legales no ejercitasen acciones por motivos carentes de fundamento y que permitiese al Fiscal valorar también cuestiones de oportunidad y no solo de estricta legalidad. MARCHENA GÓMEZ, refiriéndose al Anteproyecto, considera que «el inciso "...corresponde en todo caso..." puede llegar a subvertir el efecto perseguido por la norma, pues la necesaria ponderación por el Fiscal de la oportunidad de la acción a entablar parece contraria al deseo legislativo de una suerte de intervención procesal de asalto».

(69) LEAL PÉREZ-OLAGÜE, M.^a Luisa, op. cit.

(70) PANTOJA CARCÍA, Félix, op. cit.

(71) GULLON BALLESTEROS, Antonio, «Sobre la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor». *La Ley*, 1996-1.

(72) Memoria de la Fiscalía General del Estado, año 1994, Págs. 1055 a 1063.

(73) Debe no obstante tenerse en cuenta que esta Instrucción, dictada antes de la entrada en vigor de la LO 1/1996, ha quedado superada por la misma, toda vez que la Fiscalía General del Estado partía de la falta de legitimación del fiscal para accionar en defensa de la intimidad de los menores.

(74) Auto Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 23 de noviembre de 1999 Recurso de Inadmisión núm. 1004/1998. (Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez). «La tesis impugnatoria viene a ser común a ambos motivos y consiste, sustancialmente, en que la falta de acción por el Ministerio Fiscal o por los padres adoptivos de la menor contra la publicación de las fotografías de ésta en 1991 supondría un consentimiento que no se habría revocado antes de la publicación que luego se llevó a cabo en 1994; y que la tolerancia o colaboración del personal sanitario del hospital público en que se encontraba ingresada la menor en 1991, unida al hecho de estar acogida al amparo de instituciones públicas, equivaldría igualmente a ese consentimiento mantenido hasta 1994. Inaceptable resulta que el recurso transforme el consentimiento expreso a que se refiere el artículo 3 de la LO 1/1982 en algo equivalente a la falta de acción ante los Tribunales, como si el Ministerio Fiscal tuviera obligación legal de conocer todas las noticias sobre menores de la prensa diaria y su falta de actuación de oficio ante cualquiera de ellas fuera el consentimiento expreso contemplado en dicha norma».

(75) Ya el reglamento para la ejecución de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, en su art. 39 prohibía "la publicación en los periódicos y en hojas sueltas de los nombres o de los retratos de los menores denunciados... así como toda estampa o grabado alusivo a los actos que a menores se les atribuye", castigando las infracciones a esta prohibición con multa de 25 a 125 pts

(76) MARCHENA GÓMEZ, Manuel, «Protección de la intimidad de menores: perspectivas civil y penal»,

Revista General de Derecho, Valencia, n.º 603, diciembre 1994, explicaba con agudeza la *ratio* del precepto: « la presencia de un desorientado muchacho ante un órgano jurisdiccional, por más que la ley dulcifique la puesta en escena del enjuiciamiento ya supone por sí sola un quebranto añadido a la negativa vivencia que acompaña al delito. Si a ello se suma el efecto adicional de la exposición del menor a la indiscreción colectiva, el paso de éste por la jurisdicción que le es propia puede implicar, no ya una irreversible erosión de su intimidad, sino un impacto indeleble en su formación integral»

(77) De hecho, la Fiscalía General del Estado llegó a impartir instrucciones individuales a algunas Fiscalías para que ante noticias que afectaran la intimidad o la imagen de estos menores, se procediera al ejercicio de acciones en su protección. Así, ante sucesos que en el año 2000 generaron primeras páginas en periódicos como el del menor mayor de edad penal imputado en Murcia por el homicidio de sus padres y hermana con una katana, o el de las menores imputadas en San Fernando (Cádiz) por el homicidio de una compañera (SAP Cádiz sección 1.ª, de 5 de junio de 2001), pese a que eran noticias sin duda de fuerte impacto social, con interés informativo evidente, sobre imputados en el proceso penal de adultos, al mismo tiempo se referían a personas menores de edad, tratándose de informaciones que les perjudicaban objetivamente. Parece que en efecto se trataba de supuestos que entraban de lleno en el concepto de intromisión ilegítima que da el artículo 4.3 LO 1/96.

En el mismo sentido se dijo que «el menor de 18 años -mayor de 16- a quien la jurisdicción penal imputa la comisión de un injusto sigue siendo, como no podía ser de otra manera, menor de edad. Quizás resulte ocioso insistir en que la convencional frontera biológica en que nuestro Código sitúa el trazo de la imputabilidad no afecta a la mayoría de edad como concepto jurídico constitucional», MARCHENA GÓMEZ, Manuel «Protección de la intimidad de menores: perspectivas civil y penal», *Revista General de Derecho*, Valencia, n.º 603, diciembre 1994.

(78) Reglas Mínimas Uniformes de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 29 de Noviembre de 1985 (Resolución 40/33).

(79) La Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de 16 de diciembre de 1999 (EDE 1999/34879) (caso «niños de Liverpool») condenó al Reino Unido por violación del derecho a un proceso justo porque, entre otras cosas, los menores acusados fueron sometidos a un proceso público, siendo ubicados en un lugar de la sala en la que podían ser observados por el público que manifestaba una actitud hostil hacia ellos y los medios de comunicación. Entiende el TEDH que no se ha producido un juicio equitativo y justo conforme a las exigencias del artículo 6 del Convenio, pues la inmadurez del menor y la presión emocional a la que fue sometido durante el proceso impidieron la efectiva participación de este último en su propia defensa.

(80) Bajo la rúbrica «confidencialidad» dispone que «se prohíbe la publicación de datos de la investigación o del juicio, que directa o indirectamente, posibiliten identificar al adolescente». Se dejan a salvo las informaciones estadísticas y el traslado de pruebas previsto en el artículo 535 de esta Ley.

(81) «No se publicará el nombre de un menor ni su fotografía y no se tomarán sus huellas digitales, ni se incluirá en una rueda de detenidos a menos que, a discreción del Tribunal, sea necesario recurrir a cualquiera de estos medios para identificarlo. En estos casos, el Juez expedirá la autorización por escrito. Se considerará desacato al Tribunal cualquier persona o entidad que publique nombres o fotografías de menores. Todo expediente de un menor en poder de la Policía deberá ser destruido al éste cumplir dieciocho (18) años de edad, al igual que cualquier expediente que obre en manos del fiscal de distrito, cuando el menor fuese juzgado o fuese iniciado indebidamente en su contra un proceso como adulto».

(82) Como excepción, la Policía puede solicitar del Juez una orden de publicación cuando el menor sospechoso de haber cometido un delito se encuentre en paradero desconocido. En estos supuestos, con autorización del Juez pueden publicarse informaciones en medios de comunicación hasta que el imputado

sea localizado. Para ello es necesario acreditar que el menor puede ser peligroso para otros.

(83) DESCHAMPS, Jean Pierre, «El Derecho francés de los menores. El menor y el Juez de menores. Legislación de menores en el Siglo XXI: análisis de Derecho comparado», Estudios de Derecho Judicial-18.

(84) Concretamente refiere en su artículo 13.1 que «se prohíbe la publicación y divulgación por cualquier medio de noticias o imágenes que puedan servir para identificar al menor». El artículo 13.2 establece que «lo previsto en el párrafo anterior no se aplicará si una vez iniciado el juicio oral el Tribunal dispone la audiencia pública».

(85) El papel del Fiscal en la protección de la intimidad del menor en este ámbito es resaltado por la Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado: «la constatada tendencia a convertir la presencia de un menor ante los Tribunales de Justicia en un acontecimiento noticiable, que provoca la expectación colectiva y añade al impacto ocasionado por el delito el daño derivado de la injerencia, obligan al Fiscal a convertirse en un inflexible protector de la intimidad del menor, instando del Juez la adopción de cuantas medidas puedan resultar procedentes a fin de asegurar, en todo caso, la vigencia de aquel derecho».

(86) Se ha hablado de «the self-fulfilling prophecy of labeling youths as offenders» LOUGHRAN, Edward J., y GUARINO-GHEZZI, Susan, «Balancing Juvenile Justice», Transaction Publishers, New Jersey 1996.

(87) Esta teoría se demostró por Rosenthal del siguiente modo: en una escuela de educación básica, al comienzo de curso se hicieron unas pruebas fingidas que teóricamente establecían la capacidad intelectual de los alumnos. Escogió al azar un 20% de los alumnos de las clases y comunicó a los profesores que los mismos eran los alumnos de éxito. Al finalizar el curso con gran sorpresa se descubrió que los niños del grupo experimental (los descritos como muy capaces) habían mejorado su rendimiento y su inteligencia en cuatro puntos más que los demás niños. *Todo lo que necesitas saber para educar a tus hijos*, TIERNO JIMÉNEZ, Bernabé, Plaza & Janés Editores, 2001.

(88) Así se ha dicho que «es cierto que existe un derecho a la información y a la libertad de expresión, pero tales derechos vienen en este caso supeditados a la protección de la juventud y la infancia (como ya contempla la Constitución)». FABIA MIR, Pascual, «Las Especialidades del Procedimiento de Menores con Relación a los Principios del Proceso Penal», Cuadernos de Derecho Judicial 5/92.

(89) En el mismo sentido en relación con la Ley 4/92, MARCHENA GÓMEZ, Manuel, «Protección de la intimidad de menores: perspectivas civil y penal», *Revista General de Derecho*, Valencia, n.º 603 diciembre 1994.

(90) La SAP núm. 527/1999 Asturias (Sección 1.ª), de 5 octubre Recurso de Apelación núm. 202/1999 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Sacristán Represa), en *obiter dicta* «duda sobre la posibilidad de que un menor pueda realizar actos de intromisión ilegítima en el honor de otra persona, pues con carácter general tales hechos han de ser de carácter doloso, es decir con una voluntariedad y conciencia que exige la mayoría de edad de la que carecía la persona demandada».

(91) En este mismo sentido se ha mantenido que «los imputables civiles... son capaces de culpa, por lo que tienen responsabilidad, pero no subsidiaria (no es lógico dar igual trato a imputables que a inimputables), sino solidaria con la de sus padres o guardadores, ex artículo 1902. Este artículo 1902 no excluye de su ámbito a los menores de edad, aunque implique (sin decirlo expresamente) la imputabilidad de los mismos, al mencionar que para responder es preciso que en la realización del daño haya intervenido culpa o negligencia». DÍAZ ALABART, Silvia, «Responsabilidad civil por hechos realizados por menores de edad (comentario a la STS, Sala Primera, de 22 de enero de 1991)» *Revista del Poder Judicial* n.º 23. Septiembre 1991. En este mismo sentido se pronuncia LÓPEZ SÁNCHEZ, op, cit, Pág. 249, «reconocemos que los menores, si son imputables, deben responder del daño que causen a otros -aunque en régimen de solidaridad, en aras de la protección de la víctima- y reservamos la responsabilidad directa y exclusiva de los guardadores para aquellos supuestos en donde los autores del perjuicio no tienen discernimiento».

(92) «Ni la ley ni la jurisprudencia españolas fijan una edad por debajo de la cual un niño sea siempre

inimputable, a diferencia del criterio que siguen el Derecho alemán (§ 828 BGB: el menor que no ha cumplido 7 años es inimputable siempre) y un cierto número de jurisdicciones en países de *Common Law* (*Tender Years Doctrine*, hoy día en regresión)», FERRER I RIBA, Josep, y RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, Covadonga, «Niños y adolescentes». InDret 1.

(93) STS núm. 918/1998 (Sala de lo Civil), de 13 octubre, Recurso de Casación núm. 1494/1994. RJ 1998\8068 (Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales), se denuncia «incorrecta aplicación del art. 1903.2 del Código Civil» y, en su breve alegato, los recurrentes vienen a sostener, en esencia, que a ellos no se les puede responsabilizar por los hechos enjuiciados, pues cuando sus respectivos hijos tomaron la fotografía litigiosa «estaban en la disciplina de un equipo integrado en la Organización del “Club Deportivo Baza”, categoría menores».

El expresado motivo, cuya inconsistencia impugnatoria es ostensible, ha de ser también desestimado, ya que lo que ha sido objeto de este proceso no es la toma de la referida fotografía, sino la posterior fijación de la misma en un tablón de anuncios en la Plaza Mayor de Baza, cuya publicación (o facilitación de la misma) la realizaron los menores cuando se hallaban bajo el cuidado y guarda de sus padres, los cuales incurrieron en una evidente culpa «in vigilando», por lo que ha de considerarse correcta la aplicación que la sentencia recurrida ha hecho del artículo 1903.2 del Código Civil, en cuya infracción no ha incurrido.

(94) La antes mencionada SAP núm. 527/1999 Asturias (Sección 1.^a), de 5 octubre, aplica la excepción de falta de legitimación pasiva al supuesto enjuiciado, y ello porque la demanda se dirige exclusivamente contra un menor de edad, a quien se considera autor de la intromisión ilegítima en el derecho al honor de los dos hijos a quienes representan sus padres, y que se constituyen en demandantes.

(95) La disposición transitoria 2.^a de la Ley 1/82 dispone que *en tanto no sean desarrolladas las previsiones del art. 53, 2, de la Constitución sobre establecimiento de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, la tutela judicial de los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen se podrá recabar, con las peculiaridades que establece esta ley sobre legitimación de las partes, por cualquiera de los procedimientos establecidos en las Secciones II y III de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. Agotado el procedimiento seguido, quedará expedito el recurso de amparo constitucional en los supuestos a que se refiere el capítulo I, del Título III de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.* La Disposición Derogatoria Única de la nueva LEC deroga los artículos 11 a 15 de la Ley 62/78 que son precisamente los que regulan la garantía civil.

(96) En cuanto a la competencia objetiva, conforme al artículo 11.1 de la Ley 62/78, se otorgaba a los Juzgados de Primera Instancia. La competencia territorial correspondía al Juzgado en cuyo partido se hubiera producido el hecho, *forum delicti commissi*, declarado aplicable por el Tribunal Supremo a los ilícitos civiles.

(97) El auto incluso adelanta su opinión sobre el fondo del asunto: «podríamos llegar a la conclusión, dadas las peculiares circunstancias del caso, que lo hacen diferente a supuestos de captación y difusión de imágenes de personas que por su carácter más o menos público han dado lugar a distintos pronunciamientos jurisprudenciales, de que se trata de un caso en el que no sólo se ha podido difundir la imagen de los menores, sino que, además, con ello, se ha podido producir una intromisión a su derecho a la intimidad, en este caso a preservar su condición de menores llamados “transfronterizos” o “no acompañados”, lo que de alguna manera puede afectar a su propio derecho al honor, pudiendo verse estigmatizados como tales menores marginados en el entorno social en donde se mueven y desarrollan su vida, que no es otro que la Ciudad de Ceuta, aunque sus raíces familiares, culturales y sociales, se hallen en un país extranjero pero al mismo tiempo muy cercano».

(98) La resolución dice literalmente que «Por ello, en caso de duda acerca de decantarse por el fuero territorial de la localidad en donde se edita la publicación o se emite el programa de radio o de televisión, o

aquel en donde las consecuencias dañosas se producen con mayor mordacidad, es decir donde está el domicilio del agraviado, su lugar de trabajo y su entorno social, nosotros lo hacemos por este segundo, ya que entendemos, en contra de lo mantenido en el recurso de apelación, que mientras dure la situación de intervención y protección de la entidad pública competente sobre los menores afectados, y su estancia en la Ciudad de Ceuta, tal es su residencia a los efectos que aquí nos interesan.

Por otro lado, tal como señalan algunas resoluciones jurisprudenciales que sostienen esta postura, con la misma se evita concentrar la práctica totalidad de estos procedimientos en Juzgados de dos ciudades españolas, en donde tienen su sede la generalidad de las editoriales y empresas de telecomunicación existentes en España, con el evidente perjuicio de exigir a los ofendidos su actuación judicial lejos de su localidad de residencia, incrementando las dificultades de todo tipo para el ejercicio de su derecho, sin que para ello deba suponer una excepción a este criterio el hecho de que en este concreto supuesto, los intereses de los menores sean defendidos por el Ministerio Fiscal, tal como le impone su propio Estatuto Orgánico y la legislación sobre protección jurídica de los menores».

(99) Hasta el CP de 1932 también se excluía del tipo la conducta del marido respecto de los papeles o cartas de la mujer. Para QUINTERO OLIVARES «cuando el parentesco concurre en algunos delitos, el legislador entiende que el problema no debe exceder del ámbito familiar, que, en suma, carece de trascendencia pública», QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho Penal*. Ed. Aranzadi, Pág. 477.

(100) Coincidiendo con RODRÍGUEZ RAMOS, entendemos que nos encontramos con una excusa absolutoria y no con una causa de justificación. En contra, LUZÓN CUESTA, José María, en *Compendio de Derecho Penal. Parte especial*. Ed. Dykinson, cuarta edición. También lo configuraba como causa de justificación RODRÍGUEZ DEVESA, que le daba el rango de «derecho».

(101) Como dice CORCOY BIDASOLO, op. cit. «no sólo se reconoce el derecho del menor al secreto sino que se protege de manera especial ese secreto... La redacción del tipo legal conduce a que cuando los datos reservados, objeto del delito de descubrimiento y revelación de secretos, sean de titularidad de un menor, o un incapaz, sea cual sea su naturaleza, se equiparan en su protección a los secretos que afectan al llamado “núcleo duro de la privacy”, que abarca los datos relativos a la salud, la ideología, las creencias religiosas, los orígenes raciales y la vida sexual».

(102) Así, la STS de 14 de mayo de 2001 (Ponente: Ramos Gancedo), EDE 2001/4722, realiza las siguientes consideraciones: «Esta realidad consagrada en el artículo 18 C.E. tiene su correspondiente reflejo en el artículo 197 C.P. donde el sujeto activo del tipo es “el que” realice alguna de las acciones típicas, es decir, cualquiera persona, sin distinción y sin excepción; y donde el sujeto pasivo es “otro”, cualquiera que sea este otro, sin exclusión alguna, siendo singularmente significativo que en el Código Penal vigente haya desaparecido incluso la dispensa penal que favorecía a padres o tutores respecto del descubrimiento de secretos de sus hijos o menores que se hallaren bajo su dependencia que figuraba como excepción en el artículo 497 CP de 1973, todo lo cual evidencia, al entender de esta Sala, que ningún tipo de relación paterno-filial, matrimonial, contractual, ni de otra clase, ni las incidencias o vicisitudes que puedan surgir en su desarrollo, constituye excusa absolutoria o causa de justificación que exima de responsabilidad penal a quien consciente y voluntariamente violenta y lesiona el bien jurídicamente protegido por la norma penal que, como sucede en el supuesto actual, no sólo afectaría a la esposa del acusado, sino también a los interlocutores de ésta que habrían visto también quebrantada su intimidad, sus secretos y su derecho a la privacidad de sus comunicaciones telefónicas, captadas, interceptadas, grabadas y conservadas por el acusado. Queremos decir con esto que el incumplimiento -real o sospechado- por una de las partes de las obligaciones derivadas de la relación matrimonial, tendrá las consecuencias establecidas por el Ordenamiento Jurídico en las disposiciones de distinta naturaleza que regulan esa institución, pero, en absoluto, la infracción de tales obligaciones habilitan a la parte perjudicada para la comisión de acciones tipificadas como delito por la Ley Penal ni, desde luego, es motivo de exoneración o de exen-

ción de la responsabilidad criminal que la comisión de todo delito acarrea, a salvo, naturalmente, de la eventual concurrencia de alguna de las tasadas causas que el legislador ha establecido a tales efectos y que, en todo caso, habrán de ser debida y cumplidamente probadas.

(103) Acoge *ad pedem litterae* la anterior doctrina la SAP núm. 90/2002 Albacete (Sección 2ª), de 21 noviembre. Recurso de Apelación núm. 1171/2002. (Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Nebot de la Concha).

(104) En el mismo sentido podemos citar el auto 291/2002, de 10 de septiembre, de la misma sección de la Audiencia de Madrid, en la que expresamente se añade que hechos de este tipo «a nivel indiciario... pueden constituir el referido delito del artículo 197 CP, sin que el hecho de que la intervención de las conversaciones telefónicas se haya realizado en el ámbito familiar excluya la existencia del delito y sin que el hecho de que tales intervenciones se quieran hacer valer en un procedimiento civil de separación excluyan la vulneración de la intimidad».

(105) Como reseñaba RODRÍGUEZ DEVESA, en el tipo del CP 1973 los secretos no reflejados documentalmente «no hallan tutela en la Ley y están abandonados al tráfico», RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho Penal Parte especial*, Madrid, 1983.

(106) Aunque el término es ambiguo, para la mayoría de la doctrina el término «impúberes» debiera entenderse como menores de 14 años.

(107) En el mismo sentido PAZ RUBIO, José María, en *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Ed. Colex

(108) En este sentido se ha dicho que «cuando se afirma que la capacidad, más o menos limitada, de consentir del menor se tiene que tomar en consideración en el ejercicio de sus derechos, se está diciendo que se debe de tener en cuenta su voluntad de disponer de su intimidad o, por el contrario, de preservarla. Ello implica que, en relación con el requisito de la denuncia, previsto en el art. 201.1 del Código Penal, aun cuando no se diga expresamente, el menor debe de ser oído, tanto cuando pretenda que los hechos se persigan como cuando pretenda lo contrario, en sentido análogo a lo que se planteaba respecto del perdón. No puede olvidarse que, en la práctica, sobre todo en lo referente a la protección de la intimidad y propia imagen, los intereses del menor pueden ser contrapuestos con los intereses de sus representantes legales». CORCOY BIDASOLO, op. cit.

(109) Aunque la LO 1/96 como vimos restringía la capacidad del menor en la disponibilidad sobre su derecho a la intimidad, lo hacía solamente en relación con inmisiones procedentes de medios de comunicación.

(110) Otros autores creen ver una posible causa de justificación en el ejercicio del denominado «derecho de corrección», vid. CORCOY BIDASOLO, op. cit.

(111) En este sentido podemos citar el auto 291/2002, de 10 de septiembre, de la sección sexta de la Audiencia de Madrid, en el que tras afirmar con claridad que este tipo de conductas son típicas conforme al artículo 197 CP se hace la salvedad de que «distinto hubiera sido el caso si la acción de la madre hubiera venido presidida por el afán de defender los bienes jurídicos o intereses de los hijos frente a alguna amenaza actual contra los mismos, pudiendo ser su conducta, entonces, enmarcada bajo un estado de necesidad del 20.5.º del CP».

(112) Como se ha dicho, «la no producción del daño, cuando existe una efectiva intromisión ilegítima, es un resultado más deseable constitucionalmente que la reparación indemnizatoria de las secuelas una vez producidas», FOLGUERA CRESPO, José, «Sensacionalismo informativo y protección del menor». *Estudios de Derecho Judicial* 35/1993.

(113) Para MARCHENA GÓMEZ, op. cit., «resulta indudable que el legislador ha huido de forma deliberada de la utilización expresa de un vocablo maldito en la conciencia jurídica española: el secuestro. Sin embargo, la legitimidad jurídico-formal de tan radical medida es incuestionable. Su rango constitucional (art. 20.5 CE) purifica su pasado y le confiere un renovado sentido. Su carácter excepcionalísimo solo justificaría su adopción judicial -siempre indeseable- ante la contumacia en el desprecio a los derechos de la infancia y

en el efecto irreversible de la demora.

(114) Así un Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Madrid de 19 octubre 1993 (magistrado Ilmo. Sr. López Muñoz Criado) acuerda, a instancia del Ministerio Fiscal, suspender cautelarmente la emisión de una entrevista con los familiares de un menor, por la implicación de éste último como perjudicado «*en un hecho de graves consecuencias físicas para él y que ha sido objeto de atención por los medios de comunicación*». La suspensión cautelar alcanza a la exposición de datos referentes al menor en el programa televisivo en cuestión: «*mientras no se aporte a las actuaciones una justificación de las condiciones en que deba desarrollarse la emisión del programa*». La medida judicial está fundamentada en el hecho previsible de que: «*en un programa de televisión en directo se viertan datos relativos a la vida íntima y familiar del menor o se muestren imágenes que, dadas las circunstancias del caso, puedan representar un peligro para el niño o perjudicar su evolución y desarrollo futuro*».

(115) Para la STC reseñada «la propia Constitución legitima el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información, aunque sólo podrá acordarse en virtud de una resolución judicial (art. 20.5 CE), prohibiendo por tanto implícitamente la existencia del llamado secuestro administrativo, como ya dijo este Tribunal con ocasión de enjuiciar a la luz de tal Norma Constitucional los artículos 12 y 64 de la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta, que regulaban una medida semejante, cuya inconstitucionalidad declaró la STC 52/1983. Sin embargo, de esa prohibición no cabe deducir que la única medida cautelar que puedan adoptar los órganos judiciales y que afecte a medios de comunicación social, o a cualquier instrumento de divulgación de opiniones, ideas, creencias o informaciones, sea el secuestro, entendido éste como la puesta a disposición del órgano judicial que lo ha acordado del soporte material, sea éste un impreso, publicación, grabación o cualquier otro medio de difusión de mensajes, o, dicho en los términos de la STC 144/1987 (RTC 1987\144), el instrumento capaz de difundir, directamente o incorporándolas a un soporte susceptible a su vez de difusión, cualquier contenido comunicativo (fundamento jurídico 3.º), con el fin que disponga la Ley que atribuya ese poder jurídico al Juez (SSTC 31/1994 [RTC 1994\31], 88/1995 [RTC 1995\88] y 52/1995).

Es posible, desde luego, que la debida protección de los derechos fundamentales y otros bienes o valores jurídicos constitucionalmente protegidos, a los cuales apunta el artículo 20.4 CE, constituya una necesidad tal que fundamente, desde la perspectiva constitucional, única importante aquí y ahora, la existencia de medidas de urgencia diferentes del secuestro que bien pudieran responder a una finalidad diversa, como sería la preservación de aquéllos frente al riesgo de sufrir daños inminentes e irreparables. La Constitución tan sólo, y no es poco, prohíbe que dichas medidas de urgencia puedan ser adoptadas por un poder público distinto al judicial, cuando impliquen un examen crítico del contenido del mensaje cuya difusión pueda negarse o restringirse, y, además, que dicha medida sólo quepa ser adoptada en los supuestos que una Ley permita por efecto de la pertinente resolución judicial motivada y recaída en un proceso «ad hoc». Sin Ley que habilite para adoptar una tan severa medida, el Juez carece de cualquier potestad al respecto. En efecto, no cabe inducir de la letra del artículo 20.5 CE un apoderamiento genérico a los Jueces y Tribunales para acordar secuestros o medidas equivalentes, como la enjuiciada, limitando el libre ejercicio de la libertad de expresión y el derecho a informar y a ser informado sin que, por otra parte, su pleno sometimiento al imperio de la Ley les permita actuar extramuros de ella, «*praeter legem*», siempre a instancia de parte y nunca por iniciativa propia, «*ex officio*»... el mencionado art. 3.2 de la Ley 62/1978, permite que los Jueces decreten, al incoarse un proceso penal, el secuestro de la publicación o la prohibición de difundir o proyectar el medio a través del cual se produjo la actividad delictiva. El principal objetivo de dicha habilitación, en particular cuando se trata de la prohibición y que justifica aun con mayor razón si cabe la urgencia y perentoriedad de su adopción, es la «protección de los perjudicados» por los hechos que han servido de fundamento para la apertura de las diligencias penales, sin perjuicio de que esas medidas puedan acordarse también con el fin de asegurar la subsistencia o presencia de las piezas de

convicción en el juicio oral (art. 13 LECrim)...».

(116) La SAP Madrid de 23 de diciembre de 1997 (Sección 11.ª) estima la demanda del Ministerio Fiscal, actuando al amparo de los artículos 124.1 CE 3 (aps. 6 y 7) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y 12 de la Ley 62/1978 que consideró que el hecho constitutivo de intromisión ilegítima era la publicación por el diario «El Mundo», en su edición de 1-6-1994, de un artículo referente a la «Protección de los Menores» que aparecía ilustrado con una foto de la menor Beatriz Y. S., en la que ésta era perfectamente identificable y en cuyo pie aparecía la reseña: «Beatriz, una de las cientos de niñas maltratadas por sus padres». Como quiera que no había mediado consentimiento alguno de persona legalmente hábil para la difusión de la imagen de la menor ni de ningún otro aspecto de su intimidad en la prensa escrita, tal y como exige el artículo 3.2 de la LO 1/1982 el Ministerio Fiscal entendía que los demandados hoy recurrentes habían utilizado ilegítimamente la imagen de la menor (art. 7.5 de la misma LO 1/1982) al difundir a través de dicha publicación su imagen fotográfica, y que igualmente se había producido una intromisión ilegítima en la intimidad de la menor al divulgarse datos referentes a su vida privada como el de haber sido objeto de malos tratos por parte de sus progenitores originarios.

(117) SAP Tarragona, de 18 enero 1995 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos González Casabón), «La misma esencia del derecho a la propia imagen permite la revocación del consentimiento, y tratándose de menores, éste debe ser prestado por los progenitores, siendo indiferente que lo prestara la madre y lo revocara el padre incluso a través de mandatario verbal por medio de telegrama, y que no fuera ofrecida indemnización alguna por los posibles daños o perjuicios que se pudieran causar a quien se autorizó, sin perjuicio de que éstos puedan ser reclamados en la vía que corresponda, no pudiendo negarse efecto a aquella notificación que se reconoce haber recibido».

(118) STS 816/1996 (Sala de lo Civil), de 7 octubre, Recurso de Casación núm. 2232/1993. (Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete). Se aprecia infracción del derecho a la propia imagen por utilizar la de un menor en una campaña publicitaria aunque no tenga fines comerciales sino altruistas (campaña para promover el respeto a los mayores). No es posible, por tanto, entender comprendida entre los límites del derecho a la propia imagen que resultan del artículo 8.1 de la Ley 1/1982, la campaña publicitaria de orientación ciudadana acordada por el Ayuntamiento, que motivó la amplia difusión de las imágenes recurridas, aunque no tuviera finalidad económica y sí tan sólo meramente educativa, porque la campaña del Ayuntamiento no puede convertirse en título para la vulneración o desconocimiento de un derecho fundamental, cuyo respeto y amparo corresponde a todos los poderes públicos. La referencia al interés cultural no puede ser «una patente de corso» de los organismos oficiales para amparar intromisiones ilegítimas en los derechos fundamentales de las personas físicas. Sino que por el contrario debe tratarse de satisfacer el interés cultural respetando el derecho de los ciudadanos y sin intromisiones ilegítimas en los mismos, las cuales sólo quedarán amparadas cuando sin ellas no sea dable atender al necesario interés cultural. El acento efectivamente de la relevancia como causa limitativa del derecho, debe situarse en la imprescindibilidad del uso de la imagen en atención a sus fines, imprescindibilidad que, desde luego, no concurre en el caso pues se pudo y debió solicitar consentimiento o utilizar actores profesionales. Por todas estas razones perece el motivo.

(119) SAP núm. 349/2000 Málaga (Sección 4.ª), de 28 junio; Recurso de Apelación núm. 790/1999. (Ponente: Ilmo. Sr. D. Melchor Hernández Calvo) «el núcleo del recurso versa sobre el hecho de que la documentación gráfica fue facilitada de manera gratuita a la entidad Tu Distrito S.A., y en ella se refleja que la feria de Torremolinos es una feria familiar con participación de niños y fue esta entidad la que extrapoló una de las fotografías y utilizó la imagen de la menor para ilustrar teléfonos de ayuda a menores maltratados».

(120) SAP núm. 7/2002 Albacete (Sección 2.ª), de 8 enero (Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Martínez Espín), «De la prueba practicada ha quedado acreditado que: a) sobre el mes de octubre de 1999 el titular de

la empresa de lápidas y mármoles don Manuel S. tuvo expuesta al público en su establecimiento, un fotoesmalte del menor Paulino A. M., fallecido el 1 de septiembre de 1988 a la edad de 17 años, sin ningún interés público; b) la exposición de la mencionada fotografía se produjo sin conocimiento ni autorización de los padres del menor fallecido; c) la exposición se hizo con fines comerciales o, al menos, de reclamo publicitario; d) el titular de la mencionada mercantil es el demandado. Sentado lo anterior, esta Sala considera que se ha producido una utilización indebida de la imagen del mencionado menor, utilización que constituye una intromisión ilegítima en el derecho contemplado en el artículo 18.1 CE desarrollado por el artículo 7.6 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, y sin que se produzca el límite al derecho a la imagen que establece el artículo 8.2 de la Ley; en efecto, no es óbice para ello que el demandado no realizase por sí el fotoesmalte o la creencia de que su autor estaba autorizado para exponerlo públicamente, pues la protección del derecho a la propia imagen no opera sólo frente al que la haya captado o reproducido sino también frente al que la publique por cualquier procedimiento sin consentimiento, correspondiendo al demandado un especial deber de comprobación de la existencia de autorización, en particular teniendo en cuenta la naturaleza de su negocio.

(121) Sentencia Audiencia Provincial Madrid (Sección 19.ª), de 11 marzo 1999 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Epifanio Legido López): «Aun cuando el hecho que se plasmó en el programa fuese verdadero, la opinión pública hubiese recibido información veraz sin necesidad de traer al programa a la menor desprotegida, pues como reseña la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 octubre 1991, que cita, entre otras, la 171/1990, *el problema en cada caso es el de identificar los límites que debe soportar el derecho a la intimidad cuando pueda existir un interés público al conocimiento a determinados hechos, careciendo, en nuestro caso, de específica relevancia el traer al programa a Silvana M. A. M., pues la entrevista con su madre hubiese sido suficiente para trasladar, repetimos, en programa comercial, a la audiencia una «venta de una niña traída de Perú, a un matrimonio español»*, como expresa el señor R. al confesar, debiendo prevalecer obviamente el derecho a la intimidad de la menor, por más que otros medios de comunicación de la provincia de León ya hubiesen sacado su fotografía».

(122) En el caso que a continuación se transcribe, se trata de una emisión del programa «Quién sabe dónde» en el que un padre trasladó ilegalmente a un niño pequeño a Costa Rica. En el programa aparece el reencuentro del menor con su madre mientras el padre es esposado por la Policía. Se constituye en demandante en defensa de la imagen de su hijo el padre: La SAP Madrid (Sección 12.ª), de 30 abril 2001 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Vicente Zapater Ferrer), declaró que «No cabe cuestionar en este supuesto que la información difundida venía referida a hechos o acontecimientos que, si bien no afectaban a una persona con proyección pública, sí habían alcanzado pública notoriedad con trascendencia social evidente, por consiguiente, la información periodística del caso se produjo en relación con hechos noticiables, en tanto que concerniente a asuntos de indudable relevancia pública, por los que se confiere el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz, pues no se debe olvidar que la situación difundida en imágenes venía precedida de supuestos ilícitos penales y estaba referida a hechos que, por su sentido humanitario, incidían necesariamente en la sensibilidad de la audiencia»

(123) SAP Barcelona (Sección 16.ª), de 1 junio 1999, Recurso de Apelación núm. 792/1998 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Jordi Seguí Puntas) «La colisión de derechos fundamentales aquí planteada es la que surge entre el derecho del informador y distribuidora demandados a “comunicar información veraz por cualquier medio de difusión” y el derecho a la intimidad de los menores aludidos en el reportaje de “Interviú” [cfr. art. 20 apartados 1 d) y 4 Constitución Española]. Más concretamente, debe dilucidarse si el expresado derecho a la información ha de verse restringido hasta el punto de quedar vacío de contenido por mor de las limitaciones que establece el indicado artículo 20.4 CE, es decir, por el respeto del “derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”... Si los medios de comunicación de masas son elemento imprescindible en las sociedades democráticas para la formación de la volun-

tad de los ciudadanos en cuanto vehículo de transmisión de la actualidad, como ha venido proclamando el Tribunal Constitución, parece claro que uno de sus cometidos habrá de ser el de informar sobre un problema de tan acusada vigencia como es el relativo a los delitos antes referidos, en particular respecto de los perpetrados en el círculo doméstico o familiar, de más difícil investigación por las autoridades públicas pero probablemente más dañino para las víctimas habida cuenta la relación de dependencia, y dominación que el parentesco en línea recta e incluso en ocasiones colateral origina. En consecuencia, supone un ejercicio absolutamente legítimo de la libertad de información aquel que va destinado a desenmascarar tan ignominiosas modalidades de explotación sexual de menores. Nótese que la Convención citada de 1989 como ya hicieran las Reglas mínimas de la ONU para la administración de justicia de menores de 29 de noviembre de 1985 (Reglas de Beijing), establece que «en principio no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de un menor delincuente» o bien que «se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento», habiéndose pronunciado el Tribunal Constitucional (SS. 71/1990 y 36/1991) acerca de los peligros de una publicidad innecesaria de tales juicios; pero no existe en los cuerpos normativos citados referencia alguna específica acerca de la publicidad que hayan de merecer los juicios en que se ventile justamente lo contrario, es decir, delitos cometidos sobre menores. Habida cuenta que esa información inevitablemente habrá de hacer alusión a las víctimas, al menos de modo reflejo en la medida que se identifique a los autores de los delitos (ascendientes o colaterales de los menores), es cuando recobran toda su importancia los adjetivos (arbitraria, ilegal) empleados por el legislador internacional para reputar intromisiva en tales casos la injerencia en el reducto familiar o personal del menor. En el reportaje enjuiciado la actividad informativa se desarrolló de modo recto y con el máximo respeto posible a la privacidad de los menores concernidos por la información. Así, no sólo es que se disimularan los rostros de los menores víctimas de los delitos, sino que esas propias imágenes parecen datar de épocas algo anteriores a las de publicación del reportaje (los menores Y. M. G., R. M. G. y J. A. M. G contaban 16, 14 y 10 años en octubre de 1996 respectivamente, mientras que los también menores F. A. S. y M. A. A. S. tenían en esa fecha 16 y 13 años respectivamente), lo que dificulta notablemente su identificación por la imagen dado el desarrollo evolutivo constante de los niños, sino que la utilización siempre de las iniciales también abundaba en el mismo sentido, al igual que la exquisitez y respeto con que se alude a ellos en todo el trabajo periodístico, destacando su condición de víctimas de graves hechos; tampoco puede dejar de señalarse la perceptible norma de conducta que lleva al autor de la información a evitar el relato de detalles morbosos o escabrosos de las conductas objeto de la denuncia periodística. En el mismo sentido, cabe aludir también al apartado final del reportaje titulado “Las cifras de la barbarie” y que suscribe Nuria V. que trasciende los hechos concretos expuestos y muestra la real incidencia de esas conductas actualmente en la sociedad española, lo que revela la sana finalidad divulgativa que inspiraba el reportaje en su globalidad. Así pues, en la ponderación de los derechos en conflicto aparece como prevalente el de información, puesto que la matizada e indirecta injerencia que la publicación del reportaje pudo suponer para la intimidad o reserva de la vida familiar de los menores en modo alguno puede calificarse de arbitraria y menos aún de ilegal, inspirada como estaba por el legítimo afán de denuncia de unos hechos que muestran en toda su crudeza los aspectos menos gratificantes de la condición humana. Descartado que las fotografías publicadas de los menores o la consignación de sus iniciales constituyan elementos que por sí solos permitan la identificación de los niños afectados por la información, es claro que la única alternativa si se quiere evitar toda referencia a los mismos en informaciones periodísticas de esa índole es la del silenciamiento de tales hechos, ni que sea en los aspectos sólo concernientes a los responsables de tan graves delitos; pero ésa es una opción de difícil encaje constitucional, en la medida que supondría establecer áreas de censura informativa sin cobertura legal expresa, y además de dudosa eficacia desde el punto de vista de política criminal, puesto que es previsible que la ocultación pública de tales hechos redundara en una mayor sensación de impunidad de sus autores».

(124) El caso analizado es sorprendente: una mujer autoriza a ser grabada en televisión junto con su hijo recién nacido para ilustrar un reportaje de los primeros nacimientos del año. Con posterioridad esas mismas imágenes aparecen en un programa sobre el SIDA. SAP núm. 5/2001 Vizcaya (Sección 4.^a), de 2 enero (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ignacio Olaso Azpiroz), «un reportaje o documental denominado «Con el Sida en los talones», de la serie «A su Salud», que salió a las ondas con destino a público conocimiento en la tarde del domingo día 22 de marzo de 1992, reportaje en el que aparecía la actora junto con su hijo el día en que éste nació; manifestándose por la actora que no autorizó la publicación de esas imágenes en el marco del reportaje sobre el Sida, que la emisión de aquéllas en el citado documental ha creado entre los televidentes la impresión de que tanto la madre como el hijo son portadores de dicha enfermedad y que ambas circunstancias -falta de autorización y emisión de las imágenes en el citado programa- constituyen, respectivamente, violación de los derechos a la imagen, intimidad personal y al honor, en los términos definidos por la jurisprudencia, por lo que solicitaban ser indemnizados para reparar el perjuicio que la violación de los citados derechos les ha producido...».

(125) SAP Provincial Barcelona (Sección 16^a), de 28 junio 2000. Recurso de Apelación núm. 1179/1999. (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Foncillas Sopena).

(126) STC de 17 octubre 1991.

(127) SAP Madrid (Sección 19.^a), de 11 marzo 1999, Recurso de Apelación núm. 198/1998. (Ponente: Ilmo. Sr. D. Epifanio Legido López).

(128) SAP Madrid (Sección 18.^a), de 10 noviembre 1998, Recurso de Apelación núm. 700/1996. (Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Rueda López), «aunque la noticia del abandono de un bebé en las puertas de un centro hospitalario sea de una evidente relevancia pública y aunque haya sido no sólo veraz sino cierta, no existía necesidad alguna ni de emitir la imagen de tal bebé ni de mencionar aspectos referidos a su estado de salud y nutrición, menos aún, cuando evidentemente no existía posibilidad alguna por parte del menor de prestar su consentimiento ni la entidad demandada buscó ese consentimiento de las instituciones o entidades que pudieran legalmente prestarlo... Apelada también la sentencia de instancia en relación a la cuantía indemnizatoria fijada en ocho millones de pesetas, debe tenerse muy en cuenta a efectos de su determinación los concretos hechos que fundamentaron la demanda, y en esencia la circunstancia de la dificultosa, aunque no imposible, identificación del bebé en el futuro por la breve emisión de su imagen en relación con la similitud de los rasgos faciales entre niños de tan corta edad, así como el propio contenido de la información sólo referida a circunstancias de salud y nutricionales fácilmente reparables y que, al menos que conste en autos, no dejarían secuelas que pudieran identificar al niño en un futuro».

(129) STS núm. 287/2003 (Sala de lo Civil), de 26 marzo, Recurso de Casación núm. 2460/1997, «no pueden hacerse aquí generalizaciones sobre reportajes en que aparecen menores de edad y dar conceptos abstractos sobre si atenta a su intimidad y a su imagen; se debe analizar este caso, ver el contenido, su alcance y comprobar si queda bajo la libertad de información, una vez bien delimitado el derecho a la intimidad y ver el consentimiento del menor y de su madre, indudable y claramente expresado, para aquel contenido de la intimidad y la aparición en televisión de la imagen. Cuya intimidad e imagen se presentan aquí confundidos y unidos inseparablemente, pues los datos que pueden ser del círculo íntimo, se expresan al tiempo de aparición de la imagen del menor».

(130) STS de 9 de diciembre de 2003, n.º de Recurso: 476/1998 (Ponente: D. Alfonso Villagómez Rodil). La referida expulsión, conforme el «factum» acreditado no lo fue por consecuencia de haberse instruido expediente correcto, pues sólo se practicaron unas diligencias integradas por tres folios, que no tienen consideración de expediente, como con todo acierto puntualiza el Magistrado-Juez de Primera Instancia, y ratificó la Sala de Apelación, pues se omitieron actividades transcendentales, preceptivas y usuales en estos casos, en acomodo al artículo 24 de la Constitución, que es terminante al no autorizar situaciones causantes de indefensión. A tal efecto faltaron las actuaciones de información puntual al inte-

resado o a sus padres o representantes legales, tanto del instructor designado como de los cargos que se le imputaban, audiencia para poder defenderse, y presentar pruebas, y mínima actividad probatoria para acreditar los hechos que eran determinantes de expulsión fulminante del Colegio. Se trata, y de manera bien notoria, de una decisión totalmente irregular, que tiene cabida en el ámbito de la arbitrariedad, y lleva consigo consecuencias más que positivas, como ocurre en este caso, intensamente negativas tanto para el alumno como para sus familiares, al haberse conculcado de modo frontal los artículos constitucionales 24 y 27, y con infracción de elementales principios de tipicidad y legalidad... En el caso presente al alumno expulsado por consecuencia de la conducta del colegio, le alcanza situación de descrédito de su imagen ante los compañeros y entorno social, que indudablemente resultó dañada, pues fue desprestigiado de forma evidenciada, máxime si merodeó y se sembró sospecha de consumo de drogas en el recinto colegial, que para nada quedó demostrado, ya que también la sospecha cuenta con suficiente carga para ocasionar daño por sí y repercute en el interesado con estados de sufrimiento, intranquilidad y zozobra, que no son fáciles de superar.