

**ACTUACIÓN DEL FISCAL FRENTE A INTROMISIONES ILEGITIMAS
EN EL DERECHO AL HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN
DEL MENOR.**

Gema García Hernández.

Fiscal de la Secretaría Técnica de la FGE.



Centro de
Estudios
Jurídicos

Resumen: En el marco del seminario de especialización, el estudio de la intervención del Ministerio Fiscal en la protección de estos derechos resulta de una trascendencia inesperada. La irrupción de las nuevas tecnologías precisa de todos los recursos disponibles para evitar que el menor de edad quede expuesto a la vulneración de sus derechos. Conocer los recursos disponibles, la doctrina de la Fiscalía General, las líneas jurisprudenciales, representa la intención de este estudio, con la esperanza de que constituya un material de consulta, si algún día fuera necesario.

Agradezco los comentarios, siempre sabios y oportunos, y material facilitado por Consuelo Madrigal Martínez-Pereda, José Miguel de la Rosa Cortina, Francisco Manuel García Ingelmo y Carlos-Eloy Ferreirós Marcos.



INTRODUCCIÓN 1. MARCO NORMATIVO 2. CONCEPTOS DE HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN 3. INTROMISIÓN ILEGÍTIMA. 4. EL CONSENTIMIENTO. 4.1 LOS MENORES CON CONDICIONES DE MADUREZ. 4.2 MENORES SIN CONDICIONES DE MADUREZ. 4.3 FORMA DEL CONSENTIMIENTO. 4.4 EL DERECHO A REVOCAR EL CONSENTIMIENTO. 4.5 REFERENCIA A LA PROTECCIÓN DE DATOS. 5. TRATAMIENTO DE MENORES CON CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES. 5.1 TRATAMIENTO DE LOS MENORES HIJOS DE PERSONALES FAMOSOS. 5.2 TRATAMIENTO DE LOS MENORES A CONSIDERAR COMO PERSONAS PÚBLICAS O CON NOTORIEDAD PÚBLICA. 5.3 TRATAMIENTO DE LOS MENORES INFRACTORES. 5.4 TRATAMIENTO DE MENORES VÍCTIMAS DE UN DELITO 5.5 TRATAMIENTO DE MENORES Y DISCAPACIDAD. 5.6 MENORES CON ENFERMEDADES CRÓNICAS. 6. ASPECTOS PROCESALES. 6.1 EJERCICIO DE ACCIONES POR EL MINISTERIO FISCAL. 7. PROCEDIMIENTO PARA LA SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL. 8. LAS MEDIDAS QUE SE PUEDEN ADOPTAR PARA PONER FIN A LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA. 9. REFERENCIA AL DERECHO DE RECTIFICACIÓN. ANEXO



INTRODUCCIÓN

En el marco de la competencia atribuida al Ministerio Fiscal en la Constitución, (artículo 124) y, conforme a la previsión legal contenida en su Estatuto Orgánico modificado por la Ley 24/2007, de 9 de octubre (artículo 3), la Fiscalía General del Estado dicta la Instrucción 2/1993, de 15 de marzo *sobre la función del Ministerio Fiscal y el derecho a la intimidad de los menores víctimas de un delito*. Posteriormente, la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, *relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000* exhorta 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*. Tras ella, 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, la Instrucción 3/2005, de 7 de abril *sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación*, y será la Instrucción 2/2006, sobre *El Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores*, la que aborde de forma integral y transversal la actuación del Ministerio Fiscal en relación a este tema.

La Instrucción 1/2017, *sobre la actuación del Fiscal para la protección de los derechos al honor, intimidad y propia imagen de menores de edad con discapacidad ante los medios de comunicación audiovisual*, ha venido a completar esta doctrina.

Los atentados a estos derechos también pueden ser constitutivos de infracción penal (ver Título X del Código Penal, Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio), pero en este estudio nos vamos a limitar a la protección de estos derechos en el ámbito civil, de acuerdo con el planteamiento del curso en el que es objeto de estudio.

1. MARCO NORMATIVO

El artículo 16 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 proscribe las intromisiones en la intimidad del menor al declarar que ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Lo contemplan igualmente el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. También el punto 8.29 de la Resolución A3-0172/92, de 8 de julio de 1992, del Parlamento Europeo, sobre una Carta Europea de los derechos del niño, declara que 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 y el punto 8.43 otorga protección frente a utilizaciones lesivas de la imagen del menor. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia de Menores, aprobada por Asamblea General en 1985 también lo recogen en el artículo 8.

La Constitución dice en su artículo 18 que “se garantizará el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, configurando el llamado *derecho a la privacidad* desde que en 1890 fuera publicado, en Estados Unidos, un artículo con ese título, firmado por Louis Brandeis y Samuel Warren. El artículo 20.1.d) especifica que el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio

de difusión 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” (en este sentido, STC 134/1999, de 24 de mayo, FJ 6). El apartado 4 del artículo 18 prevé la limitación por medio de Ley del uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar (*habeas data*) STC 292/2000, de 30 de noviembre) y el artículo 105, b) CE a la vez que prevé que la Ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, excluye del público conocimiento “lo que afecte a la intimidad de las personas”, así ha sido con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal y el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de ésta.

Junto al marco constitucional establecido en los artículos 18 y 20, el desarrollo legal de estos derechos se encuentra en Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, *sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (en adelante, LODHI). Esta Ley se “olvidó”, como señala BLASCO GASCÓ¹, de regular adecuadamente uno de los tres derechos que se pretendía reglamentar, el de intimidad, lo cual hizo que algún autor hablase abiertamente de su inconstitucionalidad². Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, cuyo artículo 4 tiene por rúbrica “Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen” reforzó el marco de protección de estos derechos, aunque mantuvo su indefinición.

Como señala DE LA ROSA CORTINA³, de una interpretación sistemática de los art. 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 científica⁴ y por nuestros Tribunales⁵. Claramente se decanta en esta dirección la doctrina del TC⁶.

¹ BLASCO GASCÓ, Francisco de P. *Algunas cuestiones del derecho a la propia imagen*. Bienes de la personalidad 2008. Jornadas Asociación de Profesores de Derecho Civil. Salamanca.

² HERRERO TEJEDOR, Fernando (1994), *Honor, Intimidad y Propia Imagen*, 2a ed., Colex, Madrid. Pag 202.

³ DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. *Honor, intimidad y propia imagen de menores: Diez años de la Instrucción 2/2006*. CEJ

⁴ Véase a estos efectos LÓPEZ BOFILL, Héctor en “Aranzadi Tribunal Constitucional”, 11/2000

En este sentido, se ha escrito que “si bien es cierto que el menor de edad, como toda persona, es titular de los derechos fundamentales, no lo es menos que la protección de los derechos del menor merece una protección específica en atención a que su personalidad todavía se está formando” DE LAMA AYMÁ, Alejandra “La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad” Tirant Lo Blanch, 2006.

⁵ Algún caso práctico puede ilustrar esta afirmación: en el supuesto examinado por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 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.

⁶ STC nº 134/1999, de 15 julio: “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 indisoluble que sea del juicio sobre el inicial encuadramiento del mensaje en el art. 20.1d) CE a

La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2006, de 15 de marzo, *sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores* explica el porqué de esta hiperprotección: “estas garantías adicionales se justifican por el plus de antijuridicidad predicable de los ataques a estos derechos cuando el sujeto pasivo es un menor, pues no solamente lesionan el honor, la intimidad o la propia imagen, sino que además pueden perturbar su correcto desarrollo físico, mental y moral, y empañar en definitiva su derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la futura estima social”.

2. CONCEPTOS DE HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Constitucional va a ir construyendo estos conceptos:

El derecho al honor como *el derecho a que los demás no condicionen negativamente la opinión que se tiene de nosotros* (STC 49/01, de 26 de febrero) impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito (STC 216/2006, de 3 de julio), aún cuando habremos de considerar que el concepto de *honor* es de naturaleza cambiante según los valores e ideas sociales vigentes en cada momento (SSTC números 185/1989 ; 223/1992 ; 170/1994 ; 76/1995 ; 139/1995 ;176/1995 ; 180/1999 ; 112/2000 ; y 49/2001). En este sentido cabe recordar que la primera sentencia que se dicta en relación a estos derechos es respecto al honor en relación a la publicación de una noticia falsa por el diario “El Liberal” la fuga de un fraile con la hija menor del alcalde de Totana, con la que al parecer y según el diario, llevaba 3 meses manteniendo “una escandalosa sucesión”. Sorprendidos en la entrada de Lorca, por un tío de la quinceañera, el religioso se suicida. La sentencia, sin llegar a definir el concepto de daño moral, se expresa en los siguientes términos: “la honra, el honor y la fama de la mujer constituyen los bienes sociales de su mayor estima, y su menoscabo la pérdida de mayor consideración que pueda padecer en una sociedad civilizada, incapacitándola para ostentar en ella el carácter de depositaria y custodia de los sagrados fines del hogar doméstico, base y piedra angular de la sociedad pública, debiendo por tanto ser apreciados estos daños como uno de los más graves”(STS de 6 de diciembre de 1912)⁷.

El derecho a la intimidad como *el ámbito propio y reservado de las personas cuya efectiva existencia es necesaria para alcanzar una calidad mínima de vida humana* (STC 231/88, de 2 de diciembre), *como una realidad intangible, de un contenido-multiforme y variado- cuya extensión ha de determinarse atendiendo a las ideas y convicciones más generalizadas en la sociedad y en cada momento histórico* (STC 171/1990, de 12 de diciembre). Doctrinalmente se define como el poder concedido a la

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”

⁷ Ver CASADO ANDRÉS, Blanca. El Concepto de daño moral bajo el prisma de la jurisprudencia. Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia. <http://www.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2015-04/EL%20CONCEPTO%20DEL%20DAÑO%20MORAL%20BAJO%20EL%20PRISMA%20DE%20LA%20JURISPRUDENCIA.pdf>

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 interesado⁸. La STC nº 134/1999, de 15 de julio declara que “lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio”. A diferencia con el derecho al honor, la veracidad no es relevante si el hecho no era conocido⁹. Si los datos son públicos y notorios no hay intromisión en el círculo íntimo de la persona, aunque el factor tiempo puede introducir matizaciones en lo anterior (derecho al olvido).

El derecho a la imagen como *el derecho a disponer de la representación gráfica del aspecto físico que permita la identificación* lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado (SSTC 156/01, de 2 de julio y 83/02, de 22 de abril). En concreto, “el derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás”; necesario, “según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana (...) El aspecto físico de la persona ha de quedar protegido incluso cuando, en función de las circunstancias, no tiene nada de íntimo o no afecta a su reputación”. (STC nº 208/2013).

En el terreno audiovisual, que mencionamos por ser uno de los ámbitos más controvertidos, la Ley 7/2010 de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual protege los derechos del menor en un amplio y pormenorizado artículo 7 y la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la Radio y la Televisión de titularidad estatal, establece en su artículo 3.2 s) que la Corporación RTVE deberá *Preservar los derechos de los menores*.

3. INTROMISIÓN ILEGÍTIMA.

El artículo 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996, a cuyo tenor: “Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales”. En relación a los menores, los niveles de protección se intensifican y ello se justifica teniendo en cuenta que “la naturaleza del daño se multiplica exponencialmente cuando el ataque a los derechos del menor se realiza a través de los medios de comunicación”, STS 387/12, de 11 de junio.

⁸ 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.

⁹ Abstracción hecha de lo opinable que, en algunas ocasiones, pueda resultar la delimitación de ese ámbito propio y reservado, resulta incuestionable que forma parte del mismo el legítimo interés de los menores a que no se divulguen datos relativos a su vida personal o familiar, que viene a erigirse, a tenor de lo dispuesto en el artículo 20.4 CE, en límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz (STC 134/1999, FJ 6).

La Sentencia del TS de 6 de septiembre de 2011 ha establecido que “lo que se considera ilegítimo es la utilización de imágenes en las que se encuentre un menor, *con independencia del momento en que se publique*, circunstancia en la que habrá de analizarse el resto de los requisitos exigidos por la norma (menoscabo de su honra o contrario a sus intereses)”

El artículo 7 de la LO 1/82 describe “ad exemplum”¹⁰ los actos que tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de la Ley (STS de 6 de septiembre 2011).

Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley:

Uno. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.

Dos. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.

Tres. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.

Cuatro. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.

Cinco. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos.

Seis. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.

Siete. La divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena.

Ocho. La utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho económico, o la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos, cuando ello suponga el menoscabo de la dignidad de las víctimas

Como señala Ferreirós Marcos¹¹, si el artículo 7 da una definición positiva, el artículo 8 realiza una delimitación negativa al expresar, por un lado, que “no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante” y, por otro, que el derecho a la propia imagen no impedirá¹²:

¹⁰ Consejo General Poder Judicial. Conclusiones del Seminario Problemática Derivada de la Protección de los Derechos Fundamentales al Honor, la Intimidad Personal y a la Propia Imagen: Especial Referencia a las Medidas Cautelares. Madrid, del 30 de junio al 2 de julio de 2004

¹¹ FERREIROS MARCOS, Carlos-Eloy, *Los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor de edad ante los medios de comunicación. El papel del Ministerio Fiscal*.CEJ-2016.

¹² 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.

- 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 accesoria.

Como veremos luego, existen especificidades para determinados supuestos, como los menores con discapacidad (Ap. 5.5)

4. EL CONSENTIMIENTO.

La LO 1/1982 determina en el artículo 1.3, el carácter irrenunciable, inalienable e imprescriptible de estos derechos, así como la nulidad de la renuncia a la protección prevista en la ley, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo 2 cuando afirma *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.*

La difusión de la imagen de un menor en un medio de comunicación exige contar con el consentimiento del menor maduro o de sus representantes legales (STS 1003/2008, 23 de octubre). Como establece el artículo 3 LO 1/82:

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.*
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.*

La fórmula legal concebida se halla en armonía con el régimen general que el artículo 162.1 del Código Civil establece respecto de la representación legal de los hijos. En su virtud, tras señalar aquel precepto que *“los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados”*, exceptúa *“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”*. Para DE LA ROSA CORTINA en el caso de menores emancipados y menores que hayan obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad, podrán por sí mismos prestar el consentimiento¹³. El art. 323 CC dispone que el menor emancipado está habilitado para regir su persona y bienes como si fuera mayor de edad, estableciendo una serie de

¹³ En el mismo sentido, 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 Numero 4208, 16 de Enero de 1997.

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 éstos¹⁴.

La Instrucción 1/2017 pone de relieve que estas comunicaciones previas frecuentemente adolecen, por error o imprevisión, de presupuestos formales importantes, como son:

- La documentación de la conformidad con la emisión, esto es, el escrito firmado por los padres o representantes legales, en el que se describan mínimamente los contenidos aceptados.
- La justificación de haberse explicado de forma comprensible (o, al menos, haberse intentado, según la edad, madurez y capacidades cognitivas concretas del niño o la niña) la naturaleza y consecuencias del acto que se va a realizar.
- La copia de las imágenes que pretenden emitirse en el programa televisivo o, por lo menos, de tratarse de un programa en directo, la descripción de las preguntas y de la forma en que se va a llevar a cabo el programa.

Así mismo hay cuestiones que habrían de ser comunicadas, como el horario de grabación a fin de garantizar la compatibilidad con el horario escolar. En los supuestos, extraordinarios, de coincidencia con este, acreditar el soporte pedagógico que impida el perjuicio escolar. También, en el supuesto de que el menor participe en escenas con un contenido psicológico de riesgo, la existencia de soporte psicológico.

Es conveniente que se aporte el guión completo de la película, corto o anuncio ya que de otra manera no podremos valorar la contextualización de la imagen del menor.

En tales casos (la Instrucción se refiere a los tres primeros supuestos), junto con la incoación del correspondiente expediente de protección, debe solicitarse a la productora que cumplimente tales requisitos que constituyen exigencias mínimas de control en atención a las funciones que han sido encomendadas al Ministerio Público, con una mínima explicación de su soporte legal. En tanto lo anterior no se cumpla, se expresará que concurre causa de oposición al consentimiento proyectado.

En el deseo de colmar de contenido la imposición legal que condiciona la aptitud para consentir válidamente, a la posesión de cualificadas *condiciones de madurez*, se ha

¹⁴ La Instrucción 2/2006 dispone al respecto que “en el caso de menores formalmente emancipados, el artículo 323 CC establece que están habilitados para regir su persona y bienes como si fueran mayores de edad, introduciendo una serie de excepciones a su capacidad, -entre las que no se encuentra la disposición sobre su derecho al honor, intimidad y propia imagen- que, además, han de interpretarse restrictivamente. Las mismas consideraciones merecen los menores que hayan obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad (art. 321 CC)...Estos menores, a efectos civiles, con carácter general, habrán de ser considerados como asimilados a los mayores de edad, pudiendo ejercitar por sí los derechos al honor, intimidad y propia imagen y prestar los consentimientos previstos en el art. 3 LO 1/1982...Distinto debe ser el abordaje del menor emancipado por vida independiente. 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. Sin embargo, en estos supuestos de emancipación tácita, los padres pueden revocar tal consentimiento, por lo que no puede decirse que produzcan el efecto extintivo de la patria potestad. A *fortiori*, un inadecuado ejercicio de los derechos de la personalidad por parte de estos menores podría poner precisamente de relieve que los mismos no estaban debidamente preparados para vivir independientemente de sus padres, por lo que no deben quedar en esta materia exentos *a priori* de las intervenciones tuitivas del Ministerio Fiscal”.

sugerido tomar como referencia el patrón normativo que proporcionan diversos preceptos del Código Civil que, en otras materias, permiten al menor realizar determinados negocios jurídicos a partir de cierta edad - catorce años-, o exigen su audiencia si fuera mayor de doce años o tuviere suficiente juicio (artículos 663, 177.3, 156 y 92 del CC).

4.1 LOS MENORES CON CONDICIONES DE MADUREZ

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 intromisión ni por el menor, ni por sus representantes legales, ni por el Ministerio Fiscal.¹⁵

No deben darse reglas fijas para determinar una edad a partir de la cual debe, en todo caso, considerarse al menor con madurez suficiente¹⁶. Por tanto, en caso de controversia

¹⁵ STS nº 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 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 art. 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 calendarada 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. 162.1º). 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 se contraría 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 a 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.

¹⁶ 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 art. 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 de 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

debería acudir a la correspondiente pericial psicológica para determinar la aptitud del menor para consentir con pleno conocimiento y voluntad¹⁷. Se trata de un concepto que ha de ser integrado valorando todas las circunstancias concurrentes en cada caso¹⁸. La Instrucción 2/2006 constata la inexistencia de una *communis opinio* en cuanto a la concreta edad para reconocerle a un menor madurez, defendiendo la necesidad de integrar este concepto jurídico indeterminado, valorando todas las circunstancias concurrentes en cada caso, partiendo de que la “capacidad general de los menores no emancipados es variable o flexible, en función de la edad, del desarrollo emocional, intelectual y volitivo del concreto menor y de la complejidad del acto de que se trate”¹⁹. 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 inmisión.

4.2 MENORES SIN CONDICIONES DE MADUREZ.

En este supuesto el consentimiento debe ser prestado por los padres o representantes legales.

capacidad natural como concepto psicológico ligado, directamente, a la progresión del discernimiento y la voluntad” TORRES FERNANDEZ, Maria Elena “Los nuevos delitos de secuestro parental e inducción de hijos menores al incumplimiento del régimen de custodia”. La Ley, 2003

¹⁷ 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 art 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.

¹⁸ 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 nº 3 de Madrid de fecha 24 de enero de 1995, confirmada en estos extremos por la SAP Madrid sección 8ª de 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 nº 287/2003, 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, 1º, del Código Civil. 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.

¹⁹ En este mismo sentido, JORDANO FRAGA, Francisco en “La capacidad general del menor” RDP 1984 pags 883 a 904.

Este consentimiento, para que sea válido, debe prestarse por escrito y ponerse en conocimiento del Ministerio Fiscal. 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 patente²⁰. 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”²¹.

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 renuncia²².

La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/1993 *sobre función del Ministerio Fiscal y el derecho a la intimidad de los menores víctimas de un delito* 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 –art. 1301 CC- y la hipotética responsabilidad exigible al representante legal por una negligente administración del patrimonio del menor –art.

²⁰ Para la SAP Pontevedra de 20 abril de 1994 (Rollo de Apelación núm. 219/1993, Ponente: 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”.

²¹ 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, num. 3, 1995. Ministerio de Justicia. También FOLGUERA CRESPO, op. cit, ha defendido la nulidad del negocio concertado sin cumplir con la obligación de comunicación.

²² En la STS 1.ª n.º 816/1996, de 7 de octubre, Ponente: 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 (artículo 3.2). sólo con la intervención de 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 LOPDHIPI, 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 secc. 8ª de 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”.

164 y 168 CC- son sólo alguno de los efectos predicables del desprecio voluntario al régimen legal.”²³

La anuencia del Fiscal “se presume por el mero transcurso del plazo legal de ocho días sin haberse manifestado”²⁴.

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.²⁵

4.3 FORMA DEL CONSENTIMIENTO.

La Instrucción 2/2006 de la FGE, dice que el consentimiento que contempla la Ley como causa excluyente de la intromisión ilegítima es para adultos el expreso, esto es, aquel que ha sido inequívocamente manifestado, requiriéndose para los menores que esa expresión tenga forma escrita (SAP Barcelona, sec. 11a, de 16 de octubre de 2002, rec. 46/2001) y, además, este previo consentimiento expreso y escrito por el representante legal del menor “no basta para la validez del acto de disposición, por cuanto es necesario, para que surta eficacia, la cooperación del Ministerio Fiscal, cuya intervención actúa a modo de asentimiento, autorización y ratificación” (SAP Madrid, sec. 13a, de 30 de abril de 2003, rec. 621/2002).

La STS 818/2013, de 17 de diciembre, ha señalado: que “no caben los consentimientos genéricos o generalizados, supuestamente otorgados a un titular [...] para que libremente disponga de él cuando le plazca o convenga, sino que cada acto exige un nuevo consentimiento [...] no puede interpretarse que la mera tolerancia o el consentimiento prestado tácitamente por un menor [...] pueda ser válidamente aceptado a estos efectos en ningún caso. La no oposición, ni tan siquiera el consentimiento tácito puede sustituir al consentimiento expreso”. Cuando se constata que la emisión es inconsciente, resulta totalmente indiferente tanto la intención del reportaje como su veracidad²⁶.

4.4 EL DERECHO A REVOCAR EL CONSENTIMIENTO.

La Sentencia Tribunal Constitucional STC 117/1994, de 25 de abril 1994, reconoce este derecho y señala que “se extiende a todos los que sucesivamente hayan podido ir adquiriendo la titularidad sobre lo transmitido, puesto que se trata de recobrar el derecho a la imagen, irrenunciable e inalienable en su esencia, dejando sin efecto la autorización que es una facultad excepcional otorgada”.

²³ Memoria de la Fiscalía General del Estado, año 1994, pags 1055 a 1063

²⁴ HERRERO TEJEDOR Fernando, “Honor, intimidad y propia imagen”, Colex, Madrid, 1990 pag. 223

²⁵ SAP Madrid secc. 19ª, de 11 de marzo de 1999 Ponente: 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.”

²⁶ Así lo aclara la STS 774/2006 (FJ 3º)

La revocación no tiene carácter retroactivo. La persona que haya consentido en ceder una manifestación concreta de su derecho, nada podrá reclamar a quien la haya adquirido legítimamente, sea el cesionario original o sea uno de los sucesivos adquirentes; ya que tenían la facultad de explotarla y obtener los beneficios patrimoniales propios de la cesión. Y, como señala el artículo 2.3 de la Ley 1/82: “El consentimiento será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas”.

4.5 REFERENCIA A LA PROTECCIÓN DE DATOS.

El Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, *por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal*, garantiza la seguridad jurídica en el ámbito de la protección de datos, con la previsión, en los artículos 12 y 13, del consentimiento para el tratamiento de datos de los menores de edad, estableciendo un límite en los catorce años, salvo los supuestos legales (STC 292/2000, de 30 de noviembre). Se ha transpuesto a nuestro ordenamiento la Directiva 2006/24/CE mediante la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones. El Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos, creado por la Directiva 95/46/CE en su artículo 29 el 12 de junio de 2009, en su Dictamen 5/2009 sobre redes sociales (SRS) en línea, señaló que en las SRS los usuarios deben proporcionar datos personales para generar su descripción o «perfil»; permiten a los usuarios poner su propio contenido en línea (contenido generado por el usuario como fotografías, crónicas o comentarios, música, vídeos o enlaces hacia otros sitios) y proporcionan una lista de contactos para cada usuario, con las que los usuarios pueden interactuar.

El apartado 4 del artículo 13 LO 15/99, impone que “Corresponderá al responsable del fichero o tratamiento articular los procedimientos que garanticen que se ha comprobado de modo efectivo la edad del menor y la autenticidad del consentimiento prestado, en su caso, por los padres, tutores o representantes legales”.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁷, en el *Caso Costeja y Agencia Española de Protección de Datos contra Google Spain, S.L. y Google Inc.* ha establecido una serie de conclusiones en la interpretación de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, en lo que concierne a los *motores de búsqueda* que incluye precisiones sobre el que ha venido a denominarse *derecho al olvido*.

La STJUE Google, párr 41 dice “la actividad de un motor de búsqueda, que consiste en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado, debe calificarse de «tratamiento de datos personales», en el sentido de dicho artículo 2, letra b), cuando esa información contiene datos personales, y, por otro, el gestor de un motor de búsqueda debe considerarse «responsable» de dicho tratamiento, en el sentido del mencionado artículo

²⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea Gran Sala, Sentencia de fecha 13-5-2014, nº C-131/2012 (EDJ 2014/67782)

2, letra d) Directiva 95/4”

El Pleno de la Sala de lo Civil Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de octubre de 2015, planteado el recurso de casación en relación al derecho al olvido de las demandantes por una noticia publicada en edición papel en fecha 27 de febrero de 1985 y que, a partir de 2007, se puede consultar la hemeroteca de la edición digital de El País SL.va a considerar que la eliminación de los datos personales de las demandantes del código fuente de la página web que contenía la noticia, suprimiendo sus nombres y apellidos, no permitiendo siquiera que constaran sus iniciales, supone un sacrificio desproporcionado, por excesivo, del derecho a la libertad de información. El derecho al olvido digital no puede suponer una censura retrospectiva de las informaciones correctamente publicadas en su día.

Diferencia la sentencia entre los motores de búsqueda internos de las hemerotecas digitales, que solo sirven para localizar información contenida en el propio sitio web una vez el usuario ha accedido al mismo, de los de búsqueda de Internet como Google, Yahoo... por lo que la medida que evite que la información pueda ser indexada en el buscador interno supone un sacrificio desproporcionado de la libertad de expresión. Y revoca los pronunciamientos relativos a la supresión de los datos personales en el código fuente de la web que contenía la información y del nombre y apellidos o incluso iniciales y la prohibición de indexar los datos personales para su uso por el motor de búsqueda interno de la hemeroteca digital gestionada por Ediciones El País SL.

Esta interpretación, algo controvertida, seguramente sirva de base a nuevos pronunciamientos. Esperemos que el Tribunal Constitucional logre determinar el equilibrio preciso que marcará la difusa línea divisoria entre estos derechos.

5. TRATAMIENTO DE MENORES CON CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES.

La valoración de todas las circunstancias que rodean a los menores aconseja establecer determinados grupos de menores que, siendo objeto de igual protección, ha de ser tener una consideración especial vistas las circunstancias particulares.

5.1 TRATAMIENTO DE LOS MENORES HIJOS DE PERSONALES FAMOSOS.

A.- Principio general: Estos menores tienen derecho al mismo grado de protección que cualquier otro menor frente a la curiosidad ajena, como señala STS 602/2011, de 29 de julio.

B.- Reglas de actuación:

1. La reproducción de imágenes de menores en compañía de sus padres -personajes públicos- debe también contar, para que sea ajustada a Derecho, con el consentimiento de los representantes legales o del menor maduro.
2. El acoso, abordaje o seguimiento por reporteros, fotógrafos o cámaras del personaje público cuando el mismo está acompañado de sus hijos menores en ámbitos de la vida privada puede ser en sí gravemente lesivo para los mismos y por tanto, puede requerir del ejercicio de acciones por parte del Ministerio Fiscal en defensa de la intimidad del

menor, aunque la imagen captada no llegue a ser reproducida o publicada o se publique utilizando mecanismos de distorsión.

5.2 TRATAMIENTO DE LOS MENORES A CONSIDERAR COMO PERSONAS PÚBLICAS O CON NOTORIEDAD PÚBLICA.

Conforme al propio art. 8 LODHI debe entenderse por persona pública “aquella persona que ejerce un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública”.

A.- Regla general: En principio, el derecho a la intimidad y a la propia imagen no impedirá su captación, reproducción y publicación si se realiza durante un acto público o en lugares abiertos al público (artículo. 8.2 a) de la LO 1/82).

B.- Límites: Incluso en los supuestos de captación en lugares abiertos al público, para que la misma sea legítima habrá de respetar el principio del superior interés del menor, de modo que en ningún caso quedarían justificadas actividades de captación de la imagen que perturbaran la vida cotidiana y privada del menor o que estuvieran acompañados de actos de acoso o seguimiento lesivos para su intimidad (STC 172/1990, de 12 de noviembre, STS, Sala Civil, 6 de septiembre de 2011).

La Instrucción 2/2006 contiene al respecto dos conclusiones: “los Sres. Fiscales habrán de partir de que los menores hijos de personajes famosos son, sin más, menores. Estos menores tienen derecho al mismo grado de protección que cualquier otro menor frente a la curiosidad ajena. La reproducción de imágenes de menores en compañía de sus padres-personajes públicos debe también contar para que sea ajustada a Derecho con el consentimiento de los representantes legales o del menor maduro. El acoso, abordaje o seguimiento por reporteros, fotógrafos o cámaras del personaje público cuando el mismo está acompañado de sus hijos menores en ámbitos de la vida privada puede ser en sí gravemente lesivo para los mismos y por tanto, puede requerir del ejercicio de acciones por parte del Ministerio Fiscal en defensa de la intimidad del menor, aunque la imagen captada no llegue a ser reproducida o publicada o se publique utilizando mecanismos de distorsión” (conclusión 7º). “En principio, cuando los menores puedan por sí considerarse personas públicas o con notoriedad pública, el derecho a la intimidad y a la propia imagen no impedirá su captación, reproducción y publicación si se realiza durante un acto público o en lugares abiertos al público. Pero incluso en los supuestos de captación en lugares abiertos al público, para que la misma sea legítima habrá de respetar el principio del superior interés del menor, de modo que en ningún caso quedarían justificadas actividades de captación de la imagen que perturbaran la vida cotidiana y privada del menor o que estuvieran acompañados de actos de acoso o seguimiento lesivos para su intimidad” (conclusión 8ª).

5.3 TRATAMIENTO DE LOS MENORES INFRACTORES

Como expresa el artículo 40 CDN, cuando de un menor se alegue que ha infringido las normas penales, “se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento”.

Entre los diferentes preceptos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores* que desarrollan este principio se encuentra el del artículo 35.2 que expresa: “en ningún caso se permitirá que los medios de

comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación”. Ello es congruente con el conjunto de textos que proclaman el derecho del menor a la intimidad. En este sentido, las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de menores, aprobadas por la Asamblea General el 29 de noviembre de 1985, e incluidas en el Anexo de la resolución 40/33, en su principio general 8, apunta 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”, añadiendo el apartado segundo que “en principio, no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de un menor delincuente”.

La Circular 9/2011, de 16 de noviembre, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores* en relación a la Identificación de imputados que alcanzan posteriormente la mayoría de edad señala *La prohibición de identificación en los medios contenida en el art. 35.2 LORPM (en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación) sería también aplicable a los supuestos en que el imputado hubiere alcanzado ya la mayoría de edad, pues la ratio de la prohibición -que las infracciones cometidas durante la minoría de edad no obstaculicen el proceso de reinserción- seguiría concurriendo. No obstante, en los supuestos en los que llegara efectivamente a infringirse el art. 35.2 LORPM respecto de un imputado sometido a la LORPM cuando la inmisión se hubiera consumado habiendo alcanzado éste la mayoría de edad, habrá de entenderse que el Fiscal carece de legitimación para promover acciones de protección de la intimidad y la propia imagen, conforme a las previsiones del apartado 4º del art. 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que solo otorga legitimación autónoma al Fiscal en relación con menores.*

5.4 TRATAMIENTO DE MENORES VÍCTIMAS DE UN DELITO

La Instrucción 2/1993, expresa que el acaecimiento de ciertos hechos delictivos puede provocar, en ocasiones, que la ofensa al bien jurídico penalmente tutelado vaya acompañada, además, de singulares efectos paralelos cuya repercusión negativa llega a ser igualmente intensa, alcanzando a otros bienes jurídicos y recrudeciendo el daño inicialmente ocasionado. La Instrucción 2/2006, por su parte, expresa que los Fiscales deberán ser especialmente rigurosos en cuanto a la preservación de la identidad de la víctima cuando además de ser ésta menor de edad, los hechos investigados, enjuiciados o sentenciados se refieran a delitos contra la libertad sexual. Habrán de considerarse en estos supuestos antijurídicos no solo la identificación por nombre y apellidos de las víctimas menores y la captación de su imagen sino también la información sobre datos colaterales al menor que sean aptos para facilitar su identificación.

Como señala la Instrucción 2/1993, la perplejidad social que produce la impune utilización del infortunio infantil, exige una activa y decidida respuesta de los Sres. Fiscales a fin de impedir que la desdicha que ha convertido al menor en víctima de un hecho delictivo, lleve aparejada, como ineludible añadido, el frecuente recuerdo de los pormenores de la ofensa padecida.

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* realiza una importante modificación en

el texto de la LO 1/1982, legitimando al Fiscal para el ejercicio de las acciones civiles en los supuestos de intromisión ilegítima en los derechos de las víctimas de un delito. Una de las modificaciones atañe a que se considera intromisión ilegítima (artículo 7.8): "La utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho económico, o la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos, cuando ello suponga el menoscabo de la dignidad de las víctimas".

5.5 TRATAMIENTO DE MENORES Y DISCAPACIDAD

La Instrucción 1/2017, *sobre la actuación del Fiscal para la protección de los derechos al honor, intimidad y propia imagen de menores de edad con discapacidad ante los medios de comunicación audiovisual* ha venido a reformar el marco de protección existente respecto a este grupo especialmente vulnerable.

La Fiscalía General del Estado firmó el *Convenio de colaboración entre la Fiscalía General del Estado y el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad en materia de derecho de protección de la imagen de las niñas y niños con discapacidad en los medios de comunicación* el 20 de noviembre de 2012, tras el cual la Unidad de Menores de la FGE emitió el Dictamen 3/2013 *sobre actuaciones del Fiscal en relación con la aparición de menores con discapacidad en los medios de comunicación como pautas necesarias de actuación* y ha llevado a cabo una activa intervención en algunos procesos de cierta trascendencia.

El art. 8.1 CDPD expresa que los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para:

- a) Sensibilizar a la sociedad, incluso a nivel familiar, para que tome mayor conciencia respecto de las personas con discapacidad y fomentar el respeto de los derechos y la dignidad de estas personas;
- b) Luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida;
- c) Promover la toma de conciencia respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad.

El número 2 del precepto, entre las medidas que incluye, reseña la de "alentar a todos los órganos de los medios de comunicación a que difundan una imagen de las personas con discapacidad que sea compatible con el propósito de la presente Convención".

Se trata, por tanto, de visibilizarse la discapacidad, porque es real y existe, pero esta visualización ha de ser desde aquellos enfoques que sean coherentes con la CDPD.

La instrucción encomienda a Secciones de Menores de las Fiscalías Provinciales la protección de los derechos al honor, intimidad y propia imagen de menores de edad con discapacidad ante los medios de comunicación audiovisual

Sin olvidar la importancia de la utilización de los medios de comunicación para el fomento de actitudes positivas hacia los niños con discapacidad, los Fiscales van a analizar la aparición de niños y niñas con discapacidad en los medios de comunicación

audiovisual partiendo de la protección reforzada que ha de dispensarse en tanto menores de edad, por un lado, y personas con discapacidad, por otro.

Por ello, aunque generalmente proceda la anuencia a la realización del programa, se considerará siempre si es necesario un control de su contenido y si el mismo ha de realizarse antes o después de la emisión.

La Instrucción va a definir las *intrusiones intolerables* desde dos puntos de vista:

- a) Aquellas intromisiones que lo sean con carácter general para los menores de edad;
- b) Aquellas que constituyan actos de discriminación en el sentido de la actual Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LGDPD)²⁸

Concretado el ámbito de lo intolerable, al objeto de incentivar el objetivo del Comité de Derechos del Niño de utilizar a los medios de comunicación para fomentar actitudes positivas hacia las niñas y niños con discapacidad y procurar que su aparición en la programación sea proporcional al peso y a la participación de este colectivo en el conjunto de la sociedad, atendiendo a la finalidad solidaria que generalmente acompaña a la emisión de estos programas y siempre que no contemplen los contenidos intolerables subrayados en la conclusión anterior, no se ejercerán acciones judiciales en los casos en que la imagen social no responda inicialmente a la que exige la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, notificando las Secciones de Menores tales casos a la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores al objeto de realizar las comunicaciones correspondientes al CERMI y que, por el mismo, se apliquen las restantes medidas alternativas para la eficacia del derecho fundamental.

5.6 MENORES CON ENFERMEDADES CRÓNICAS

Como señala FERREIRÓS MARCOS, este grupo reviste especial trascendencia la protección de los datos de la historia clínica. Un ejemplo de lo anterior lo constituye la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, nº 621/2003, de 27 de junio, sobre un caso de difusión por una conocida revista de diversos datos de la vida privada de una menor, en particular sobre la existencia de anticuerpos del VIH.

6. ASPECTOS PROCESALES

La Instrucción 2/2006 dedica a estos aspectos procesales dos conclusiones: “los Sres. Fiscales podrán incoar diligencias preprocesales como soporte para realizar actuaciones preparatorias a la presentación de una demanda civil, para recabar los datos que consideren de interés para prepararla o, incluso, para decidir si tal demanda debe o no presentarse. Este cauce será también el adecuado para oír al menor y/o a los progenitores, cuando proceda, para valorar todas las circunstancias antes de decidir el ejercicio de acciones” (conclusión 9ª).

“Habrán de entender los Sres. Fiscales que la competencia vendrá dada por el domicilio del menor afectado por la información. En los supuestos en los que este criterio no sea aplicable, la regla subsidiaria para determinar la competencia será la

²⁸ Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

del lugar donde se hubiere producido el hecho que vulnere el derecho fundamental. Habrá, pues, de presentar la demanda la Fiscalía del domicilio del menor y en su defecto, la del lugar en donde se editó la publicación o se emitió el programa de radio o de televisión” (conclusión 10ª).

6.1 EJERCICIO DE ACCIONES POR EL MINISTERIO FISCAL.

Habrá de ser regla general la intervención del Ministerio Fiscal en supuestos de ataques al honor, intimidad y propia imagen de menores desamparados, de menores que sin estar declarados en desamparo son inadecuadamente tratados por sus progenitores, de menores carentes de representantes legales o de menores en conflicto de intereses con sus representantes legales.

Se impone, artículo 4.2 LO 1/96, al Ministerio Fiscal la obligación de accionar en los casos en que la intromisión se produzca a través de un medio de comunicación. La decisión del Fiscal de emprender y de mantener las acciones civiles debe estar presidida por el principio del superior interés del menor. El Fiscal no tiene en este ámbito funcional una legitimación subsidiaria sino que deberá actuar cuando proceda aun cuando el menor esté representado por progenitores que ejerzan adecuadamente la patria potestad.

La excepción será la intervención autónoma del Fiscal cuando el menor afectado tenga progenitores en pleno uso de las facultades inherentes a la patria potestad, y que –sin que concorra conflicto de intereses con el menor- sean contrarios a que se entablen acciones en defensa del mismo. Esta excepción habrá de estar basada en una cualificada intromisión lesiva de la intromisión.

Como recuerda DE LA ROSA CORTINA²⁹, debe tenerse también especialmente presente la ya citada Instrucción 2/1993, en la que 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 CC³⁰.

La inicial inactividad del Ministerio Fiscal en una intromisión ilegítima no le impide actuar con posterioridad (Auto TS de 23 de noviembre de 1999).

²⁹ DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. Ob. Cit.

³⁰ Debe no obstante tenerse en cuenta que esta Instrucción, dictada antes de la entrada en vigor de la LOPJM 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.

Elementos a valorar:

A la hora de decidir si al amparo del artículo 4 de la LO 1/96, procede emprender acciones debe valorarse la posición de los progenitores en los casos en que éstos actúen adecuadamente respecto del menor, a fin de aquilatar si las circunstancias del caso concreto integran una "difusión contraria al interés del menor".

Habrà de ponderarse en su caso el riesgo y el impacto que pueda generar el denominado *escàndalo jurìdico* por lo que, cuando sea previsible su concurrencia, cabrà, dependiendo de las concretas circunstancias concurrentes, adoptarse la decisi3n de no ejercitar las acciones correspondientes, en salvaguarda del principio del superior inter3s del menor.

Del mismo modo, aunque la LO 1/96 debilita la eficacia justificadora del consentimiento del menor (artículo 4.3 inciso final), la concurrencia del mismo debe sopesarse en cada caso, a la hora de concretar si se ha producido un perjuicio para sus intereses.

Parece claro que no cualquier utilizaci3n de la imagen de un menor puede desencadenar la intervenci3n de la Fiscalía: debe concurrir un perjuicio efectivo. En opini3n de DE LA ROSA CORTINA³¹ este perjuicio no puede identificarse con el mero hecho de que no se haya obtenido un beneficio econ3mico, de que concurra un lucro cesante. Ello puede llevar a que los representantes legales emprendan acciones para obtener la correspondiente compensaci3n econ3mica a favor del menor, pero no entra dentro del perímetro funcional asignado al Fiscal ejercitar acciones exclusivamente con tales fines. Esto es, si la utilizaci3n de la imagen del menor no supone una intromisi3n ilegítima en su intimidad, honra o reputaci3n, o de otro modo sea contraria a sus intereses, el Fiscal no debe actuar.

En este punto, una pauta particularmente importante de la Instrucci3n 2/2006 es la de que "cuando la controversia afecte exclusivamente a intereses patrimoniales, sin otra repercusi3n en el inter3s del menor, no serà procedente la intervenci3n del Ministerio Fiscal".

Ello determinará la intervenci3n del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protecci3n previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados.

A.- No procederá, en general, el ejercicio de acciones por el Ministerio Fiscal ante la emisi3n de programas o la publicaci3n de fotografías en los que aparezcan menores, en actividades con dimensi3n pùblica tales como concursos, debates, musicales, actividades deportivas etc., siempre que las propias circunstancias que rodeen la publicaci3n excluyan el perjuicio para los intereses de los mismos (STS 1120/2008, de 19 de noviembre).

B.- Tampoco procederá, en general, el ejercicio de acciones por el Ministerio Fiscal ante la difusi3n de imágenes de menores en lugares pùblicos, cuando aparezcan

³¹ DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. Ob. Cit.

de manera meramente casual o accesoria de la información principal y siempre que tales lugares o actos no presenten aspectos negativos.

Si la difusión casual o accesoria de la imagen del menor se vincula a lugares, personas o actos con connotaciones negativas, habrán de utilizarse técnicas de distorsión de la imagen para evitar que el mismo pueda ser identificado.

7. PROCEDIMIENTO PARA LA SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL.

La Ley 15/2015, de 2 de julio, *de la Jurisdicción Voluntaria* ha introducido un nuevo expediente de jurisdicción voluntaria (artículos 59 y 60) para obtener la aprobación judicial del consentimiento cuando el Fiscal se hubiere opuesto al otorgado por el representante legal del menor o persona con capacidad modificada judicialmente.

La competencia se otorga al Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente

El expediente se iniciará mediante solicitud que deberá acompañarse del proyecto de consentimiento, el documento en que conste la notificación de la oposición del Ministerio Fiscal y los que acrediten su representación legal;

Admitida la solicitud por el Secretario judicial, éste señalará día y hora para la comparecencia, a la que se citará al Ministerio Fiscal, al representante legal del menor o persona con capacidad modificada judicialmente y a éste si el Juez lo creyera necesario. El Juez podrá acordar también, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, la citación, en su caso, de otros interesados;

El Juez dictará resolución al término de la comparecencia o, si la complejidad del asunto lo justificare, dentro de los cinco días siguientes, en atención al interés superior del menor o persona con la capacidad modificada judicialmente;

Contra esta resolución cabrá recurso de apelación, con efectos suspensivos, que se resolverá con carácter preferente.

La Circular 9/2015, de 22 de diciembre, *sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria* subraya cómo la LJV otorga...carácter preferente a la tramitación del recurso de apelación en los supuestos de... derecho al honor, intimidad y propia imagen (art. 60.4).

La novedad más interesante radica en que queda claro que ante la oposición del Fiscal, quien debe promover la autorización judicial es el progenitor que pretende la disposición de derechos. Con anterioridad, tanto la doctrina mayoritaria como la Fiscalía General del Estado consideraban que era el Fiscal quien debía promover judicialmente la prohibición. Así, la Instrucción 2/2006 declaraba que “hasta tanto se apruebe la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria, ante la falta de una regulación específica, siguiendo las pautas de la Instrucción 2/1993 podrá encauzarse la oposición del Fiscal a través de un expediente de jurisdicción voluntaria conforme a los arts. 1811 LEC 1881 y de acuerdo con la Disposición Transitoria 10^a.2^a de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, aunque tampoco debe descartarse la opción, postulada por un cualificado

sector doctrinal y admitida por la propia Disposición Transitoria 10ª.2ª, de instar un procedimiento declarativo a través del juicio ordinario, conforme a lo dispuesto en el art. 248.1 y 249.2 LEC”.

En relación a este consentimiento judicialmente otorgado, el actual artículo 60.5 dispone que “si los representantes legales del menor o de la persona con la capacidad modificada judicialmente quisieran que se revocara el consentimiento otorgado judicialmente, lo pondrán en conocimiento del Juez, quien dictará resolución dejándolo sin efecto”.

8. LAS MEDIDAS QUE SE PUEDEN ADOPTAR PARA PONER FIN A LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA.

El artículo 9.1. de la LO 1/1982 establece que "La tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente ley podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución. También podrá acudir, cuando proceda, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional". El proceso es únicamente el juicio declarativo ordinario que se tramitará de forma preferente, artículo 249.1.2 LEC. Contra la sentencia que se dicte en segunda instancia cabrá en todo caso recurso de casación, conforme a lo dispuesto en el art. 477.2.1º LEC.

El artículo 9.2 LO 1/82 establece que “La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate:

- El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior. En caso de intromisión en el derecho al honor, el restablecimiento del derecho violado incluirá, sin perjuicio del derecho de réplica por el procedimiento legalmente previsto, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida.
- Prevenir intromisiones inminentes o ulteriores (STS 4 de octubre de 2012)”.
 - La indemnización de los daños y perjuicios causados.
 - La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos.

La Instrucción 2/1993, en la que tras constatar 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, 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 CC³².

La Instrucción FGE 2/2006 señala que la difusión de la sentencia en el medio generalmente no contribuirá a la reparación del daño, sino que, por el contrario, puede trasladar de nuevo a la opinión pública los hechos que se han considerado perjudiciales para el menor. Dependiendo de las concretas circunstancias concurrentes los Sres. Fiscales postularán, bien una publicación parcial de la sentencia, evitando perjuicios al menor, bien pura y llanamente, interesarán la no aplicación del artículo 9.2 LO 1/1982 cuando la publicación en sí pueda ser contraria al superior interés del menor (SSAP Madrid, sec. 13ª, nº 83/2003, de 14 de noviembre; Madrid, sec. 19ª, nº 193/1999, de 11 de marzo y Sevilla, sec. 6ª, nº 99/2004, de 23 de febrero).

En el apartado tercero se dispone que la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido.

Conforme al apartado cuarto “el importe de la indemnización por el daño moral, en el caso de los tres primeros apartados del artículo cuarto, corresponderá a las personas a que se refiere su apartado dos y, en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. En los casos del artículo sexto, la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado”.

En el caso del apartado cuatro del artículo cuarto, la indemnización corresponderá a los ofendidos o perjudicados por el delito que hayan ejercitado la acción. De haberse ejercitado por el Ministerio Fiscal, éste podrá solicitar la indemnización para todos los perjudicados que hayan resultado debidamente identificados y no hayan renunciado expresamente a ella.

La Instrucción 2/2006 señalaba “Respecto de la indemnización que en su caso se solicite habrán de tener en cuenta los Sres. Fiscales que si los padres del menor también han sido demandados deberán interesarse simultáneamente la adopción de medidas para garantizar una administración leal de la suma que se obtenga” (conclusión 11ª).

La Constitución establece la prohibición de la censura previa (artículo 20.2), como tuvo ocasión de señalar la STC 52/83, de 17 de junio en relación a la “censura administrativa”, y la prohibición de que se proceda al secuestro sin que medie resolución judicial (artículo 20.5), destacando en este sentido la STC 187/99, de 25 de octubre³³.

³² Debe no obstante tenerse en cuenta que esta Instrucción, dictada antes de la entrada en vigor de la LOPJM 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.

³³ Plantea el anuncio de la emisión del 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

El Ministerio Fiscal podrá solicitar al Juzgado competente, en el marco de la previsión contenida en el artículo 8 la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, que adopte las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que los vulneran (STS 11 de mayo de 2012).

9. REFERENCIA AL DERECHO DE RECTIFICACIÓN

Conforme a la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Rectificación³⁴, "toda persona natural o jurídica, tiene derecho a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio". Seguidamente señala que "podrán ejercitar el derecho de rectificación el perjudicado aludido o su representante y, si hubiese fallecido aquél, sus herederos o los representantes de éstos".

Conforme al artículo 2 "El derecho se ejercita mediante la remisión del escrito de rectificación al director del medio de comunicación dentro de los siete días naturales siguientes al de publicación o difusión de la información que se desea rectificar, de forma tal que permita tener constancia de su fecha y de su recepción. La rectificación debe limitarse a los hechos de la información que se desea rectificar. Su extensión no excederá sustancialmente de la de ésta, salvo que sea absolutamente necesario."

Si, en los plazos señalados en la norma, no se hubiera publicado o divulgado la rectificación o se hubiese notificado expresamente por el director o responsable del medio de comunicación social que aquella no será difundida, o se haya publicado o divulgado sin respetar lo dispuesto en el artículo anterior, podrá el perjudicado ejercitar la acción de rectificación dentro de los siete días hábiles siguientes ante el Juez de Primera instancia de su domicilio o ante el del lugar donde radique la dirección del medio de comunicación (artículo 4). La ley regula el procedimiento. Conforme a la LEC 1/2000 corresponde al juicio verbal (artículo 250.1.9º, con las peculiaridades previstas en la Ley Orgánica).

investigación por un supuesto delito de injurias, reiteración que era lógicamente presumible del contenido de las «cuñas» publicitarias". "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 arts. 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 3º), con el fin que disponga la Ley que atribuya ese poder jurídico al Juez (SSTC 31/1994, 88/1995 y 52/1995).

³⁴ BOE 74/1984, de 27 de marzo de 1984 Ref Boletín: 84/07248

El artículo 6 de la LO 2/1984 señala que "el objeto de este proceso es compatible con el ejercicio de las acciones penales o civiles de otra naturaleza que pudieran asistir al perjudicado por los hechos difundidos".

ANEXO

1. CONCLUSIONES DE LAS JORNADAS DE DELEGADOS DE MENORES. MADRID, 24 y 25 DE OCTUBRE DE 2016

III.- NOTAS REFERENTES AL TRATAMIENTO DEL DERECHO AL HONOR, LA INTIMIDAD Y LA PROPIA IMAGEN DE LOS MENORES

9ª Ante la reciente proliferación de informaciones en los medios de comunicación social, especialmente en programas de televisión, sobre menores relativos a temas como acoso escolar, niños con discapacidad o graves enfermedades, etc., en el marco de las directrices de la Instrucción 2/2006, los Fiscales ejercerán una labor de estricta supervisión de la efectiva vigencia del principio de protección reforzada de la juventud y la infancia, salvaguardando los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen de los menores afectados, tanto cuando sean víctimas como supuestos acosadores.

10ª Como regla general la operatividad del consentimiento en relación con actos que afecten a menores solamente puede versar respecto al derecho a la propia imagen, excepcionalmente respecto del derecho a la intimidad y nunca respecto al derecho al honor.

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.

Esta indisponibilidad del derecho al honor exige respetar escrupulosamente el anonimato cuando se difunda alguna información que, aun siendo de interés público, suponga una lesión del derecho del referido menor.

11ª En desarrollo de lo anterior, se incoarán las oportunas Diligencias Preprocesales ante cualquier anuncio de una emisión de tal índole, para ejercitar un control previo de sus contenidos. A esos efectos se recabará copia Fiscal de Sala Coordinador de Menores videográfica del programa o reportaje con libranza de los oportunos oficios al medio que pretenda su emisión y se le recordarán los requisitos de consentimiento y autorización parental escrita que correspondan.

En caso de tratarse de programas que pretendan difundirse "en directo" se libraré oficio a la cadena de televisión advirtiéndole de los rigurosos límites que la legislación de protección reforzada de los derechos de los menores en esta materia impone así como de las consecuencias de su inobservancia.

12ª La valoración que realizará el Fiscal en dichas diligencias se atenderá primordialmente a los criterios hermenéuticos fijados en el art. 7 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo (Ley General de la Comunicación Audiovisual) que bajo el epígrafe de "los derechos del menor" específicamente recoge un elenco de los contenidos perjudiciales para el desarrollo físico, mental o moral de los menores.

13ª Si en el curso de dichas diligencias se constatare que el contenido del programa es inadmisibles se dictará decreto en que se hará constar la oposición del Ministerio Fiscal a que se emita, notificándolo al medio que ha instado la emisión para que lo haga saber a los progenitores o representantes legales del menor o, en su caso, directamente a éstos.

Una vez adoptada la postura negativa del Fiscal, la novedad introducida por la Ley 15/2015, de 2 de julio, consiste en que deberá ser el progenitor o representante legal del menor que desea ejercer la disposición de derechos quien deba instar la autorización judicial para la emisión conforme al procedimiento regulado en el art. 60 LJV.

BIBLIOGRAFÍA EMPLEADA

- BLASCO GASCO, Francisco de P. *Algunas cuestiones del derecho a la propia imagen*. Bienes de la personalidad 2008. Jornadas Asociación de Profesores de Derecho Civil. Salamanca.
- CASADO ANDRÉS, Blanca. El Concepto de daño moral bajo el prisma de la jurisprudencia. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*.
<http://www.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2015-04/EL%20CONCEPTO%20DEL%20DAÑO%20MORAL%20BAJO%20EL%20PRISMA%20DE%20LA%20JURISPRUDENCIA.pdf>
- 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 Numero 4208*, 16 de Enero de 1997.
- DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo en SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (coord.) “Tratado de responsabilidad civil” Tomo I Bosch, 2008
- DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. *Honor, intimidad y propia imagen de menores: Diez años de la Instrucción 2/2006*. CEJ-2016.
- FERREIROS MARCOS, Carlos-Eloy, *Los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor de edad ante los medios de comunicación. El papel del Ministerio Fiscal*.CEJ-2016.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
 - Instrucción 2/1993, de 15 de marzo, *sobre la función del Ministerio Fiscal y el derecho a la intimidad de los menores víctimas de un delito*.
 - Instrucción 3/2005, de 7 de abril, *sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación*.
 - Instrucción 10/2005, de 6 de octubre, *sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil*.
 - Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, *sobre el Fiscal y la protección del Derecho al Honor, Intimidad y Propia Imagen de los Menores*.
 - Comunicación (Inspección Fiscal) de 16 de noviembre de 2007 (sobre el registro de procedimientos con testigos amparados por la LO 19/94).
 - Circular 3/2009, de 10 de noviembre, *sobre protección de los menores víctimas y testigos*.
 - Circular 9/2011, de 16 de noviembre, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores*.

- Instrucción 3/2012, de 30 de julio, *sobre publicidad de las Memorias de las Fiscalías.*
- Dictamen 3/2013 (Unidad Coordinadora de Menores) *sobre actuaciones del Fiscal en relación con la aparición de menores con discapacidad en los medios de comunicación.*
- Instrucción 1/2014, de 21 de enero, *sobre las Memorias de los órganos del Ministerio Fiscal y de la Fiscalía General del Estado.*
- Circular 6/2015, de 17 de noviembre, *sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.*
- Instrucción 1/2017, *sobre la actuación del Fiscal para la protección de los derechos al honor, intimidad y propia imagen de menores de edad con discapacidad ante los medios de comunicación audiovisual,*
- FOLGUERA CRESPO, José Sensacionalismo informativo y protección del menor. Estudios de Derecho Judicial 35/1993
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio “Responsabilidad civil de los padres y tutores por daños causados por menores y personas incapacitadas” en BELLO JANERIO, Domingo “Cuestiones actuales de responsabilidad civil” Editorial Reus, 2009
- GÓMEZ CALLE, Esther “La responsabilidad civil del menor” Derecho Privado y Constitución Núm. 7. Septiembre-Diciembre 1995 .
- JORDANO FRAGA, Francisco en “La capacidad general del menor” RDP 1984 pags 883 a 904.
- HERRERO TEJEDOR, Fernando (1994), *Honor, Intimidad y Propia Imagen*, 2a ed., Colex, Madrid.
- LÓPEZ BOFILL, Héctor en “Aranzadi Tribunal Constitucional”, 11/2000.
- NAVARRO MENDIZÁBAL, Iñigo Alfonso “La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor” Icade: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, ISSN 0212-7377, Nº 53, 2001.
- 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.
- Consejo General Poder Judicial. Conclusiones del Seminario Problemática Derivada de la Protección de los Derechos Fundamentales al Honor, la Intimidad Personal y a la Propia Imagen: Especial Referencia a las Medidas Cautelares. Madrid, del 30 de junio al 2 de julio de 2004
- 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, num. 3, 1995.
- ROCA I TRIAS, Encarna “Derecho de daños. Textos y materiales” 5ª Edición Tirant Lo Blanch, 2007.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano “Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual” Dykinson, Madrid 2001.