

LA PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES CONCRETOS DE PERSONAS MENORES DE EDAD

Consuelo Madrigal Martínez-Pereda
FISCAL DE SALA COORDINADORA DE MENORES

Resumen

Tras una introducción general sobre la evolución del reconocimiento e interpretación de los derechos de los niños, se abordan específicamente algunos de ellos, desde la óptica de las funciones de defensa que vienen encomendadas al Ministerio Fiscal en el ámbito expansivo de lo que se conoce como “protección jurídica de menores de edad”: derecho a la identidad, al libre desarrollo de la personalidad, a ser escuchado y a participar en la esfera pública política, cultural y social, a la salud y la autonomía en el ámbito sanitario, a la educación y al honor intimidad personal y propia imagen.

I.- INTRODUCCIÓN; II.- LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS; III.- EL DERECHO A LA IDENTIDAD: III.1 Aspectos generales: inscripción, nombre, nacionalidad, conocimiento de los propios orígenes, preservación de la identidad; III.2 Problemática específica de los menores extranjeros no acompañados: III.2.1 Determinación de la edad; III.2.2 Evaluación e identificación; III.2.3 Documentación
IV.- EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD: IV.1 Ideas generales; IV.2 El derecho del niño a ser escuchado; IV.3 La relevancia del consentimiento de las personas menores de edad; IV. 4 La participación en la esfera pública; IV.5 Defensa de estos derechos por parte del Ministerio Fiscal. IV.-6 Derechos de reunión y asociación; **V.- EL DERECHO A LA SALUD:** V. 1 El consentimiento informado de los menores de edad; V.2 Intervenciones médicas con “riesgo grave”. Referencia a los Testigos de Jehová ; V.3 La intervención del Ministerio Fiscal en los ensayos clínicos y la investigación biomédica sobre menores de edad; **VI.- EL DERECHO A LA EDUCACIÓN** VI.1 Ideas generales; VI.2 Beneficiarios y obligados; VI.3 Carácter progresivo de las intervenciones VI.4 Intervención punitiva; VI.5 “Escuela en casa”; **VII.- LOS DERECHOS AL HONOR, LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y LA PROPIA IMAGEN** VII.1 Marco normativo VII.2 La intromisión ilegítima VII.3 El consentimiento y la posibilidad de revocarlo VII.4 Aspectos procesales VII.4.1 Legitimación del Ministerio Fiscal; VII.4.2 Legitimación pasiva VII.4.3 Actuaciones preprocesales VII.4.4 Competencia VII.4.5 Procedimiento VII.4.6 Medidas cautelares VII.4.7 Sentencia VII.4.8 Ejecución. VIII.- **Bibliografía.** IX.- **Anexos:**

1. **I** Recomendación CM/Rec(2012)11 del Comité de Ministros del Consejo de la UE sobre el *papel del Ministerio Fiscal fuera del sistema de Justicia Penal*;
2. **II** Recomendación del CM Rec(2012)2 sobre *la participación de niños y jóvenes menores de 18 años*
3. **III** Dictamen del Fiscal de Sala Coordinador de Menores 3/2013 sobre *actuaciones del Ministerio Fiscal en relación con aparición de menores con discapacidad en programas de televisión.*

I.- Introducción

El amplio elenco de materias que integran o pueden integrar la protección jurídica de los menores no ha sido contemplado de forma global en la ley hasta los años noventa. Consiguientemente, la articulación orgánica y funcional de competencias y atribuciones en la materia ha resultado sectorial y dispersa en casi todas las instancias e instituciones.

Desde 1987¹ todas las competencias en materia de protección de menores se han desjudicializado y ubicado en principio en sede administrativa autonómica. Los Juzgados de Menores, anteriormente competentes, mantuvieron atribuciones exclusivamente en materia de responsabilidad penal de menores, residenciándose las posibilidades de control judicial de la actuación de la Administración en materia de protección de menores en los juzgados de Primera Instancia.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero *de protección jurídica del menor* (en adelante, LOPJM) abordó la materia desde la perspectiva de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (CDN) ensayando una perspectiva global.

La Entidad Pública autonómica asume por ministerio de la ley la tutela de los menores desamparados (art. 172 del Código Civil, CC). La actuación tutelar y demás medidas de protección de menores de edad son supervisadas por el Ministerio Fiscal y los Juzgados de Primera Instancia conocen de los recursos y quejas contra la actuación de la Administración.

La actuación del Fiscal no es sólo la de supervisión que le encomienda el art. 174 CC, sino resulta preceptiva en una serie de situaciones: la adopción, la constitución no consentida del acogimiento familiar.... Demanda de medidas judiciales de protección al amparo del art. 158 CC....

En materia de responsabilidad penal de los menores de edad, es la propia LO 5/2000 *de responsabilidad penal del menor* (en adelante, LORPM) la que atribuye las competencias a las Secciones de Menores de las Fiscalías Provinciales.

Por el contrario, las funciones de protección jurídica han ido asumiéndose progresivamente dentro de la actuación de las Secciones de Menores desde que así lo aconsejara la Instrucción FGE 2/2000, de 27 de diciembre.

El art. 20.3 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (en adelante, EOMF) extiende las competencias del Fiscal de Sala Coordinador de Menores a los ámbitos de reforma y protección de menores. En consonancia con ello, la Instrucción FGE 3/2008, de 30 de julio *sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores* consagró definitivamente la asunción por parte de las Secciones de Menores de ambas áreas de actividad.

Este instrumento, al enumerar las funciones que en materia de protección de menores deben asumir estas Secciones, rechaza por dificultades de organización interna de las Fiscalías, una atribución monopolística de competencias para el despacho de todos los

¹ Ley 21/1987, de 11 de noviembre por la que se modificaron determinados artículos del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.

asuntos en que se ventilen intereses de menores, dada la índole diversa que éstos pueden presentar. Por ello enumera una serie de atribuciones específicas sin perjuicio de la necesaria coordinación con las Secciones de Extranjería, Civil, Penal o contencioso-administrativo y admitiendo la eventual asunción de *otras materias análogas o conexas con las anteriores, orientadas a garantizar la efectividad del superior interés del menor*.

Incluso cuando las competencias de protección de menores desamparados radicaban en los Tribunales Tutelares de Menores, la FGE en la Circular 3/1984, de 25 de junio, sobre *actuación del Ministerio Fiscal ante los Tribunales Tutelares de Menores* y en la Instrucción 2/1986, de 25 de noviembre *sobre defensa de menores*, destacaba la facultad y el deber del Fiscal de protección de los menores en situación de desamparo, como una de las misiones características del Ministerio Público, integrada en la atribución constitucional de la defensa de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley.

Tales atribuciones se han ido concretando en este campo por el legislador, e incrementándose desde la reforma del CC operada por Ley 21/1987, pasando por la LOPJM y la profusa normativa autonómica. La presencia del Fiscal en todos los ámbitos en que se dilucidan las medidas convenientes para la protección de un menor le confieren a nuestra institución una posición ideal para actuar, en su condición de órgano estatal, como elemento de cohesión y coordinación institucional y garantía de la seguridad jurídica.

Pero debido a la fuerza expansiva de la materia y a la creciente conciencia respecto de los derechos de los niños, se detecta una constante ampliación de los ámbitos de actuación del Fiscal en esta área, que ya no se limita a la supervisión de las actuaciones administrativas sobre menores en riesgo o desamparo sino se adentran cada día más en la defensa de los derechos de los niños, como colectivo vulnerable de la sociedad ²

La citada Instrucción 3/2008 sobre *el Fiscal de Sala coordinador de menores y las Secciones de Menores* enumera los cometidos de las Secciones de Menores de las Fiscalías en materia de protección reconoce que pueden básicamente sintetizarse en dos: la encomienda que el art. 174 CC atribuye al Fiscal en cuanto a la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores, y la promoción de las acciones procedentes por violación de derechos fundamentales de menores respecto de los que el ordenamiento jurídico y en especial la LOPJM, reconoce legitimación al Fiscal. Aunque se trata de una enumeración abierta a “...otras materias análogas o conexas con las anteriores, orientadas a garantizar la efectividad del superior interés del menor”, hace referencia especial a:

- 1) Las funciones extraprocesales derivadas de la superior vigilancia de las actuaciones de las Entidades Públicas de Protección de Menores (arts. 174 CC y concordantes y 17 y 18 LOPJM).
- 2) Intervención en procesos judiciales relativos a adopciones, acogimientos e impugnaciones de medidas protectoras acordadas por las Entidades Públicas respecto de menores (art. 749.2 LEC 2000).

² Instrucción FGE 1/2009, de 27 de marzo, sobre *la organización de los servicios de protección en las Secciones de Menores* P. 4

3) Promoción, ya en sede administrativa, ya en sede judicial, de medidas en protección de menores en situación de riesgo o desamparo, entre otras, en supuestos de malos tratos, absentismo escolar, comisión de delitos por menores de 14 años, menores en riesgo por consumo de alcohol u otras sustancias tóxicas, menores utilizados para la mendicidad, etc (art. 174 CC y art. 13.1 LOPJM).

4) Promoción de medidas cautelares urgentes conforme al art. 158 CC para apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios, como en los supuestos de riesgos de traslados para la práctica de la mutilación genital femenina o de sustracción internacional de menores.

5) Protección de los derechos de los menores en supuestos de ensayos clínicos (Real Decreto 223/2004 de 6 de febrero, por el que se regulan *los ensayos clínicos con medicamentos*), y en investigaciones que impliquen procedimientos invasivos sin beneficio directo (art. 20.2 de la Ley 14/2007 de 3 de julio, de *Investigación biomédica*).

6) Acciones en defensa de los derechos fundamentales de los menores, en especial ante lesiones a la intimidad y propia imagen de menores, ante la pertenencia de un menor o de sus padres a una asociación cuando ésta impida o perjudique el desarrollo integral del menor y ante internamientos de menores en centros psiquiátricos (arts. 4, 7.2 LOPJM y 763.2 LEC 2000).

7) Acciones de cese y rectificación de publicidad ilícita dirigida a menores (art. 5.5 LOPJM).

8) Intervención en procesos sobre sustracción internacional de menores (art. 1902 anterior LEC).

9) Dotar de efectividad al derecho del menor a poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que éste promueva las acciones oportunas (art. 10.2 b LOPJM).

10) Salvaguarda de los derechos de los menores extranjeros aun cuando no residieran legalmente en España, conforme al art. 10 LOPJM³.

11) Adopción de medidas y protocolos tendentes a evitar la victimización secundaria de testigos menores.

³ Instrucción 3/2008, de 31 de julio, sobre *el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores de las Fiscalías*: “En este punto debe hacerse un deslinde respecto de las competencias atribuidas a las Secciones de Extranjería que, conforme a la Instrucción 5/2007, de 18 de julio tienen asignada la función de intervenir, o en su caso, coordinar, supervisar y trasladar las pautas a seguir en los expedientes sobre determinación de edad y repatriación de menores extranjeros no acompañados (arts. 35 LE y 92 RE). Por tanto, en estos ámbitos y en los derivados de los mismos (tratamiento de menores no acompañados a los que pretenda retornarse en frontera a sus países de origen, menores polizones en embarcaciones localizados en territorio nacional etc.), será el Fiscal de Sala Coordinador de Extranjería y las correspondientes Secciones las que elaboren las pautas de actuación. A tales efectos deberá existir una estrecha colaboración entre unas y otras Secciones.”

12) Visitas periódicas a los Centros de Protección de Menores (art. 21.4 LOPJM), inspeccionando las instalaciones, las medidas de seguridad e higiene y entrevistándose reservadamente con los menores que así lo soliciten, promoviendo la corrección de las deficiencias que se observen.

13) Supervisión de la situación de los menores que permanezcan con sus madres en Centros Penitenciarios.

14) Llevanza del índice de tutelas y los demás registros derivados de sus funciones de protección (art. 23 LOPJM).

Como se ha apuntado, la postura del Ministerio Público en relación con los derechos de los niños viene determinada configuración constitucional (art. 124 CE) como garante de la legalidad, los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la ley, en el que se inserta la satisfacción del superior interés del menor, como criterio prioritario.

En el diseño constitucional el Fiscal representar a la sociedad ante los Tribunales. Es un auténtico abogado, no del Estado, sino de la Sociedad⁴. El Fiscal, por mandato constitucional, ha de asumir ante los Jueces y Tribunales la representación y defensa de esos intereses sociales que, sin residenciarse en una persona en concreto, afectan a toda la sociedad.

En relación con los derechos y necesidades de los niños, como en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas no sólo entran en juego los intereses particulares de cada uno de ellos, sino el interés público de toda la sociedad en el bienestar de cada niño.

El interés social en la efectividad de los derechos fundamentales como de los derechos de los niños es tan vivo que la defensa de unos y otros, aunque se trate de derechos individuales exige la presencia del Fiscal apoyando la posición del ciudadano afectado, en defensa objetiva de la legalidad y el interés social.

Estas atribuciones del Fiscal no son un añadido extraño y ajeno a sus tradicionales misiones en el ámbito punitivo: en todas el Fiscal ha de actuar guiado por la defensa apasionada de los intereses sociales tal y como quedan dibujados en la legislación constitucional⁵.

⁴ DEL MORAL GARCIA, Antonio en *El Ministerio Fiscal y el absentismo escolar* en Jornadas sobre Menores en Edad Escolar: Conflictos y oportunidades”. Consellería de Educación del Govern des Illes Balears y Fiscalía del TSJ Balears.

⁵ DEL MORAL GARCÍA. A. Obra citada.

Este aspecto de la figura del Fiscal ha sido objeto de reciente pronunciamiento del Comité de Ministros del Consejo de Europa en su Recomendación (2012)11 de 19 de septiembre de 2012, sobre *el papel del Ministerio Fiscal fuera del sistema de Justicia Penal*, cuyo punto primero señala cómo la función del Ministerio fiscal en ámbitos ajenos al de la Justicia Penal, “abarca la representación y defensa del interés público y general, la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales y la defensa del principio de legalidad”.⁶

Por ello, en el punto 4 del mismo instrumento, se indica que en otros ámbitos, “al igual que en el ámbito de la Justicia Penal, el Ministerio Público debe ejercitar sus funciones de acuerdo con el principio de legalidad, con criterios de objetividad, justicia e imparcialidad”.

II.- LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS

La atención sobre los niños surge a fines del s. XIX como reacción a los excesos y la explotación infantil que acompañaron a la revolución industrial. La denuncia que supusieron algunas novelas de Dickens y los hallazgos del psicoanálisis sobre la importancia de los primeros años de la vida, generaron una nueva sensibilidad hacia la infancia que se ha ido desarrollando a lo largo del s. XX, tildado ya en 1903 por la feminista norteamericana Ellen Key como *El siglo de los niños*.

En EEUU el movimiento por los derechos de los niños surgió ligado al *Orphan train*, del que recibió también su nombre, una suerte de experimento social basado en el traslado de niños sin familia desde Nueva Cork y otras ciudades del este para el trabajo y la repoblación del oeste.

Aunque la idea y las iniciativas particulares o privadas fueron anteriores, la primera declaración sistemática de los derechos de los niños de Naciones Unidas, se realizó en Ginebra el 26 de diciembre de 1924.⁷

Con la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 se consideraron inicialmente garantizados los derechos de los niños, en tanto personas. Pero el Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para los niños (UNICEF) subrayó pronto la necesidad de una declaración específica con miras a las particulares necesidades de los niños, iniciativa que fraguó en la Declaración de 20 de noviembre de 1959.

Ya en 1975 este texto se consideró insuficiente y se inició el largo debate que culminó con la CDN actual. En 1978, el Gobierno de Polonia propuso a UN un proyecto de nueva Convención.

Tras 10 años de negociaciones con gobiernos, líderes religiosos y de opinión, ONGs e instituciones, la Asamblea General aprobó el texto el 20 de noviembre de 1989. El 2 de

⁶ Ver ANEXO I de esta ponencia

⁷ Redacción dirigida por Eglantyne Jebb, una de las fundadoras de la organización *Save the children*.

septiembre de 1990 entró en vigor el texto internacional que más adhesiones ha logrado en la historia⁸.

La CDN no sólo adapta los derechos humanos a las necesidades de los niños, sino efectúa una redefinición de tales derechos, partiendo de la consideración de los niños como agentes sociales y titulares activos de sus propios derechos. Correlativamente, declara las obligaciones de los Estados agentes sociales, profesores, profesionales de la sanidad y padres de satisfacer y garantizar la efectividad de los derechos de los niños.

Como novedad, la CDN incorpora la obligación de los Estados firmantes de rendir cuentas sobre el nivel de aplicación y cumplimiento ante un comité de 18 expertos de diversas procedencias nacionales, el *Comité de Derechos del Niño de UN*.

La consideración a nivel internacional del niño como persona y titular de derechos se ha traducido en varias direcciones:

- a) El énfasis puesto en la protección de los derechos del niño vinculados a la personalidad. Resulta obvio identificar el interés del menor, como el de todo ciudadano, con la indemnidad de sus derechos fundamentales: a la libertad, igualdad (no discriminación) y seguridad, a la dignidad de su persona...., derechos que le son inherentes, y de los que es pleno titular en la perspectiva del art. 16 CE⁹.
- b) Algunos de estos derechos han sido objeto de particular regulación en relación con sus titulares menores de edad como es el caso del honor, la intimidad y la propia imagen (art. 162.1 CC, art. 3 LO 1/1982, de 5 de mayo y arts. 4 a 8 de la L1/1996 de Protección Jurídica del Menor, referidos a estos derechos y a los de información, libertad ideológica, participación, asociación y reunión, libertad de expresión.)
- c) La atención específica a los derechos del niño a un bienestar que no sólo material y económico, sino que se identifica con el derecho a una cierta felicidad, en noción que incluye fundamentalmente los elementos afectivos y no racionales, la fruición, el juego y el recreo que son o han de ser elementos esenciales en la vivencia del niño y en el desarrollo de su identidad y personalidad.¹⁰

⁸ 193 Adhesiones referidas a todos los Estados del mundo con la excepción de Somalia (fundamentalmente por la ausencia de estructura estatal en el país) y EEUU.

⁹ STC 141/2000, FJ 5

¹⁰ Así, el art. 31 de la Convención reconoce el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades propias de su edad, así como a la libre participación en la vida cultural y en las artes. La referencia expresa al juego como objeto de derecho del niño resulta particularmente interesante en tanto pone de relieve que el juego no es sólo algo trivial que los niños se las arreglan para hacer en cualquier situación, incluso en las más penosas, sino sobre todo, un aspecto del desarrollo de la personalidad en la infancia que incluye actividades que no son controladas por los adultos y que no se cumplen forzosamente con reglas, al menos no con reglas racionales. Frente a la tradicional consideración del juego como un lujo o una frivolidad, se considera hoy, una necesidad vital, una parte esencial del desarrollo personal, en la idea de que el niño incapaz de jugar o privado de esa posibilidad, corre el riesgo de carecer después de habilidades sociales y personales importantes” en HODGKIN R. y NEWELL P. *MANUAL DE APLICACIÓN DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO UNICEF* 2004 pag. 503.

- d) El desarrollo y definición de los derechos fundamentales de los niños ha supuesto indirectamente, una indudable y benéfica aportación a la teoría de los derechos humanos de los adultos que han pasado de ser instrumentos de la libertad, a gravitar sobre la idea de “interés” o del “beneficiario”. Frente a la anterior concepción de los derechos como instrumentos para promover la libertad o autonomía del sujeto, se consideran medios de promoción del bienestar o la realización del sujeto como persona o como agente moral que es, de este modo, el beneficiario de los deberes de otros de proteger o satisfacer alguna libertad de acción, potestad o inmunidad. Esto ha supuesto una nueva perspectiva en la teoría de los Derechos Humanos en cuyo ámbito se han abierto paso algunos de contenido económico o social y cultural, lo que al propio tiempo ha permitido ligar el fundamento de los derechos humanos con la idea de las necesidades del hombre para desenvolverse como persona.¹¹

Tras la ratificación por España de la CDN el 30 de noviembre de 1990, se inicia en nuestro país una línea de mayor reconocimiento de la condición personal del niño, de su papel en la sociedad y de la necesidad de un mayor protagonismo y participación de niños y jóvenes.

Entre las diversas leyes nacionales dictadas en adaptación de los criterios de la CDN, la LPJM de 1996 pretendió una reforma en profundidad de las tradicionales instituciones de protección del menor reguladas en el CC (desamparo, acogimiento familiar, adopción...) pero haciéndose eco al mismo tiempo de las transformaciones sociales y culturales que habían propiciado el cambio de estatus jurídico del niño, aporta – según su Exposición de Motivos - *un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia.*

Para ello parte de la consideración de las personas menores de edad “como sujetos activos, participativos, creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social, de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás”.

Sobre esta base y reconociendo la titularidad de derechos fundamentales a los menores de edad, matiza algunos de ellos, combinando la posibilidad de su ejercicio con la necesaria protección que precisan para ello.

En los siguientes epígrafes, se analiza el especial reconocimiento de algunos de estos derechos de los niños en la CDN y LOPJM desde la óptica de las funciones de garantía y protección encomendadas al Ministerio Fiscal y en concreto, a las Secciones de Menores de las Fiscalías.

III.- DERECHO A LA IDENTIDAD

III.1 Cuestiones generales

¹¹ MAcCORMICK, N. “Children’s Rights: A test-Case for Theories of Right”, citado por HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR L. en “*El Niño y los derechos humanos*” en “*Los derechos de los niños. Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*”. Obra en colaboración. Dykinson 2007, pag. 33.

La identidad es el presupuesto de la personalidad individual y de su reconocimiento, por lo que constituye ineludiblemente un objeto de derecho fundamental, consagrado con carácter general en el art. 24 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCyP) firmado en 1966 en Nueva York.

Respecto de los niños, el art. 7 CDN aborda el derecho a la identidad desde ópticas distintas:

- a) *La obligación de inscripción inmediata al nacimiento* como primer reconocimiento oficial de la existencia y derechos del niño. El Estado reconoce así la importancia individual de cada niño y su condición ante la ley. Es un hecho que los niños no inscritos corren mayor riesgo de discriminación (poblaciones que viven en zonas aisladas, hijos de refugiados, inmigrantes o grupos étnicos minoritarios) y desprotección en general.

El registro universal de los nacimientos requiere en primer lugar que la inscripción de todo niño sea obligatoria por ley para padres y autoridades competentes, y en segundo lugar, la asignación de recursos de foma que los procedimientos de inscripción sean accesibles, fáciles y baratos.

Aunque la CDN no especifica los datos que deben registrarse en la inscripción de nacimiento, otros derechos (a un nombre y a una nacionalidad, a conocer a los propios padres, y la propia identidad) determinan que la inscripción debe incluir como mínimo: el nombre del niño al nacer, el sexo, la fecha de nacimiento, el lugar, la identidad y la dirección de los padres, la nacionalidad de los padres).

Este aspecto está garantizado en nuestro país merced a un sistema consolidado de registro. La Ley 20/2011, de 21 de julio del *Registro Civil* (en adelante, LRC)¹² regula detalladamente la inscripción del nacimiento, menciona las personas encargadas de promoverla y reconoce legitimación al Fiscal para promover la inscripción de menores no inscritos (art. 48 LRC).

- b) *El derecho al nombre* como marca distintiva de la identidad desde el nacimiento. La intención de esta disposición es proteger a los niños, especialmente, a los habidos fuera del matrimonio en los países donde esta circunstancia tiene relevancia jurídica y social. Pero no siempre resulta más conforme con la plenitud de los derechos la prevalencia del derecho del niño a llevar los apellidos de sus padres. La normativa general del art. 5 (orientación de los padres y evolución de las facultades del niño), art. 12 (respeto a las opiniones del niño) art. 19 (protección contra toda forma de violencia)... deben tenerse en cuenta a la hora de atribuir un nombre al niño. La normativa general debe permitir que en el futuro, el niño pueda dirigirse a las autoridades para cambiar su nombre y apellido, que también puede cambiarse en virtud de adopción o en algunos países, de un nuevo matrimonio de los padres.

En España el art. 30 CC y en los arts. 50 y ss de la LRC combinan el principio de inscripción obligatoria con la libertad ulterior para el cambio de nombre en virtud de expediente.

¹² Entrará en vigor el 22 de julio de 2014

c) *El derecho a adquirir una nacionalidad* desde el nacimiento no necesariamente impone la obligación a los Estados de otorgar su nacionalidad a todo niño nacido en su territorio, pero sí a adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar que todo niño tenga una nacionalidad en el momento de su nacimiento, sin discriminación alguna por filiación, apatridia o nacionalidad de los padres.

De conformidad con esto, el art. 17 del CC atribuye la nacionalidad a

- Todos los nacidos de padre o madre españoles
- Los nacidos en España de padre o madre extranjeros si al menos uno de ellos hubiera nacido también en España
- Los nacidos en España cuya filiación no conste. A estos efectos se presumen nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar de estancia conocido sea España.

Además, en el art. 20 se regula el ejercicio del derecho a optar por la nacionalidad española que se reconoce a:

- Las personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español.
- Aquellas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España.
- Las que se hallen comprendidas en el segundo apartado de los artículos 17 y 19.

Reiteradamente el Comité de derechos del niño ha expresado su preocupación por los niños apátridas en algunos países, instando a algunos Estados a estudiar la adhesión a la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 y la convención para reducir los casos de apatridia de 1961¹³

e) *El derecho a conocer los propios orígenes.* Según el art. 7 CDN es el un derecho relativo, ya que se establece *en la medida de lo posible*. Esto es así porque en muchos casos resulta imposible identificar a uno de los progenitores (cuando la madre ignora la identidad del padre) o a los dos, cuando el niño ha sido abandonado. En otros casos, la madre se niega a identificar al padre y no parece legalmente posible exigirlo.

En materia de adopción internacional, ya el art. 30 del Convenio de la Haya de 1993 establecía la obligación de asegurar la conservación de la información de la que dispongan las autoridades competentes sobre los orígenes y antecedentes de todo orden del niño, y de garantizar el acceso con el debido asesoramiento, a esta información en los términos legalmente previstos.

La declaración de las Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y a la colocación en hogares de guarda, a nivel nacional e internacional estipula en el art. 9: “Los encargados de la atención del niño deberán reconocer la necesidad del niño adoptado o el niño colocado en un hogar de guarda de conocer sus antecedentes, a menos que ello sea contrario a los intereses del niño”.

¹³ República Checa CRC/C/15/Add. 49, párrafo 33; Yugoslavia CRC/C/15/Add.49, párrafos 14 y 32; Burundi CRC/C/15/Add.133, párrafo 35; Lituania CRC/C/15/Add. 146. párrafos 23 y 24...

En relación con esto puede observarse:

- El art. 7 CDN no menciona el interés superior del niño y sí reconoce la limitación del derecho a “la medida de lo posible”. Esto supone que el niño tiene derecho a conocer sus orígenes incluso cuando se considera que ello puede ser contrario a su interés. Sólo excepcionalmente, o en casos extremos podrá invocarse el interés superior para impedir el ejercicio del derecho a conocer la identidad de los padres.
- Ante la falta de definición del interés superior, habrá de tomarse como primer criterio de concreción, la posibilidad de ejercicio de los propios derechos.
- La determinación de lo que es o no el interés superior del niño en relación con el conocimiento de sus orígenes puede plantearse en diferentes etapas de su vida, siendo diferente la respuesta en cada una de ellas. Aunque en países como Holanda, el niño adoptado es animado a mantener contacto y a conocer a sus padres biológicos desde edad temprana, no cabe generalizar ni imponer soluciones forzosas. Basta la garantía del Estado sobre la conservación de la información relativa a los padres biológicos del niño, para poder comunicarla en su caso y momento.

La STEDH de 13 de febrero de 2003 trató detenidamente esta cuestión en el caso *Odièvre v. France*, destacando la inserción del derecho a conocer los propios orígenes en el concepto de “vida privada” y también la necesidad de ponderarlo legalmente con el interés legítimo de la madre biológica en permanecer anónima.

El artículo 12 de la Ley 54/2007, de 7 de diciembre, de *Adopción Internacional* (LAI), reconoce el derecho de las personas adoptadas a conocer los datos que sobre sus orígenes obren en poder de las Entidades Públicas españolas, sin perjuicio de las limitaciones que pudieran derivarse de la legislación de los países de que provengan los menores. Este derecho se hará efectivo bajo los auspicios de la Entidad Pública de Protección de Menores que asegurará la conservación de la información relativa a los orígenes del niño, identidad de sus padres, historia médica...

Merced a esta ley se da nueva redacción al art. 180. 5 del CC, donde se consagra este derecho de todas las personas adoptadas en similares términos.

Ni el CC ni la LAI contemplan cuál es el procedimiento aplicable en caso de negativa de la Entidad Pública a facilitar los datos, pero dada la posible colisión entre derechos de la personalidad del hijo a conocer su origen y de la madre biológica a su intimidad y salud, la cuestión corresponde a la jurisdicción civil. En este sentido, la Sentencia 744/2010 de 14 de junio de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sec. 1ª) del TSJ del Principado de Asturias.

El Fiscal interviene a efectos de informe (art. 1815 LEC 1881), pero la legitimación activa sólo corresponde al interesado.

- f) Por otra parte, el art. 8 CDN establece que *cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.*

Se mencionan expresamente el nombre, la nacionalidad y la familia, pero éstos son sólo algunos de los elementos de la identidad que se integra además por el historial desde el

nacimiento, la raza, la cultura, la religión y el idioma... cuya preservación compete también a los poderes públicos porque el art. 20 CDN ordena prestar *particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico*.

Pero no siempre los datos sobre el origen de los niños se encuentran al alcance de las autoridades, especialmente cuando se trata de menores extranjeros no acompañados cuyos derechos de identidad pueden verse comprometidos por las circunstancias de la emigración.

III. 2 Menores extranjeros no acompañados (MENAS)

La Observación General nº 6 (2005), del Comité de Derechos del Niño sobre el *Trato a los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, (39º período de sesiones de 17 de mayo a 3 de junio de 2005), señala la necesidad de la determinación prioritaria de la condición de menor, de la identificación más completa posible y de la constatación de las razones de la separación y los aspectos de vulnerabilidad que puedan concurrir en caso de reintegración familiar, destacando particularmente la necesidad de proveer de documentación al menor.

Por ello la “asistencia apropiada” a un MENA debe incluir entre otros aspectos la búsqueda activa de parientes o miembros de la comunidad a la que pertenece, el intento de reunificación cuando proceda, y el apoyo para la conservación de la religión, cultura e idioma.

Normalmente, la localización del menor extranjero se realiza por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que tienen obligación de actuar bajo el principio de atención inmediata siempre que se detecte una situación de desprotección (arts. 13 y 14 de la LOPJM) como es la estancia de un menor de edad sin compañía y amparo de un adulto.

Esta primera actuación policial a efectos de identificación, genera una situación equivalente a privación de libertad que, justificada en las necesidades de protección, se sujeta a las garantías constitucionales del art. 17 de la CE, en los términos en que las interpretan las SSTC 341/1993, de 18 de noviembre y 86/1996, de 21 de mayo, si bien no es precisa la asistencia de abogado.

III.2.1. Determinación de la edad

El art. 35 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre *derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (en adelante, LOEX), y el art. 190 de su Reglamento (Real Decreto 577/2011, de 20 de abril) atribuyen al Fiscal la competencia para autorizar las pruebas de determinación de edad en cuya práctica han de colaborar las instituciones sanitarias oportunas.

El mismo art. 190.2 de dicho Reglamento dispuso que la Secretaría de Estado de Emigración e Inmigración impulsara la adopción de un Protocolo Marco destinado a coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas desde la localización de un menor o supuesto menor hasta su identificación, determinación de

su edad, puesta a disposición del servicio público de protección de menores y documentación.

El borrador de este Protocolo Marco, en cuya redacción ha participado activamente la Fiscalía General del Estado, se encuentra actualmente en fase de negociación y aprobación.

Por otra parte, el art. 215 del Reglamento reordena el régimen jurídico del Registro de MENAS, residenciado en la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil y coordinado por la FGE. El registro es el primer paso para la protección del niño extranjero no acompañado y la localización de sus familiares. En varios países es la Cruz Roja la que coordina los esfuerzos para tal localización, pero su éxito dependerá primordialmente del compromiso e implicación del Estado en el buen funcionamiento del registro mediante el adecuado suministro y organización de la información.

Los asientos de este Registro contienen los datos personales de identidad (nombre, origen, nacionalidad, impresiones dactilares, fotografía, edad, organismo tutelar, traslados, reconocimiento de protección internacional...) de los MENAS, estén o no documentados, desde el momento en que resulte indubitada su minoría de edad. Es obligación de los servicios competentes de protección de menores comunicar a efectos de esta inscripción todos los datos que conozcan sobre la identidad del menor

Con carácter previo a la inscripción, por lo general será necesario determinar la edad de quien sin documentación dice ser menor de edad. Se trata de un proceso en el que, bajo la dirección del Fiscal, y conforme al art. 190 del Reglamento se valoran una multiplicidad de factores (examen físico, talla, peso, presencia de caracteres secundarios, madurez psicológica, examen dental, madurez ósea...) cuyas dudas han de resolverse a favor del afectado que dispone de un recurso judicial.

En la práctica para la determinación de la edad a efectos de protección ordinaria o internacional se utiliza generalmente la prueba radiológica, pero son varias las posibilidades¹⁴:

- *Estudio físico*. Examen del vello y del desarrollo de los órganos genitales. Sólo sirve para completar otras pruebas, pero es rápido y resulta barato.
- *Greulich-Pile*. Análisis radiológico de los huesos de la muñeca y la mano izquierda cuyo resultado se compara con unas tablas previamente elaboradas mediante estudios estadísticos que recogen el desarrollo de estos huesos a diferentes edades.
- *Sauvegrain*. Análisis radiológico del codo que se compara con unas muestras. Es barato y rápido pero sólo se puede utilizar para niñas de entre 9 y 13 años y niños entre los 11 y 15., de manera que no es útil para la determinación de los límites máximos de edad, aunque sí a efectos de identificación más completa de los niños
- *Risser*. Análisis radiológico de la cresta ilíaca para su comparación con muestras. Es una prueba muy exacta pero tiene como contraindicación la radiación de zonas genitales.
- *Tanner Whitehouse*. Tras una prueba radiológica se analizan los huesos de la mano y muñeca. Requiere tiempo porque cada uno de esos huesos se clasifica en 8 ó 9 estadios a los que se asigna una puntuación cuyo total representa una edad muy

¹⁴ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, María Begoña. *El desamparo y la protección de los menores inmigrantes*. Thomson-Aranzadi. Pamplona, 2007, página 163.

precisa. Parecer ser el método más exacto y no resulta caro, pero su realización requiere tiempo

- *Ortopantomografía*. Es una radiografía panorámica de ambos maxilares, que permite deducir la edad por el desgaste de dientes y muelas. Resulta más caro y más fiable que una radiografía ósea, pero necesita tiempo para su análisis cualificado.
- *Diamant Berger*. Es una resonancia magnética para medir los cartílagos del crecimiento en la zona clavicular. Es el más exacto de todos los procedimientos, pero resulta lento y muy caro.

Tratándose de pruebas principalmente radiológicas, en su práctica y en la valoración de su resultado ha de considerarse el RD 1976/1999, de 23 de diciembre, por el que se establecen los *criterios de calidad en radiodiagnóstico*. Su art. 1 configura tales criterios para asegurar la optimización en la obtención de las imágenes y la protección radiológica del paciente en las unidades asistenciales de radiodiagnóstico así como que las dosis recibidas por los trabajadores expuestos y el público en general, tiendan a valores tan bajos como pueda razonablemente conseguirse¹⁵.

La misma norma dispone que los procedimientos utilizados en niños (...) contendrán las medidas que deben tomarse para reducir el riesgo. En estos casos, el médico especialista valorará con especial atención la justificación y será responsable de que se utilicen los equipos de rayos X adecuados y las técnicas apropiadas.

Por otra parte, como toda intervención médica, el radiodiagnóstico, más aún sin fines terapéuticos, debe someterse a los requisitos del consentimiento informado. Respecto a adultos no incurso en procedimiento penal, esta prueba no puede realizarse sin su consentimiento; tratándose de menores, el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de *la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, establece los supuestos de consentimiento por representación: cuando el menor afectado por su corta edad no fuera capaz de comprender el alcance de la intervención la prueba de determinación de la edad será ordinariamente innecesaria. En su caso, habría de consentir su representante legal oyendo al menor de más de 12 años. Si se trata de menores maduros a tal efecto, ellos mismos podrán prestar su consentimiento. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación¹⁶

Algunos de los problemas que esta cuestión suscita en la práctica diaria fueron bordados por la Consulta FGE 1/2009, de 10 de noviembre de 2009, “*sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados*”. Para resumir, pueden recordarse sus conclusiones:

¹⁵ A los efectos del mismo, la unidad asistencial de radiodiagnóstico comprende la instalación o conjunto de instalaciones de rayos X utilizados con fines de diagnóstico médico y radiología intervencionista y los recursos humanos adscritos a las mismas. El artículo 4 de este Real Decreto regula los procedimientos para las exploraciones con rayos X, señalando garantías de calidad y protocolos escritos para cada tipo de práctica radiológica de manera que pueda optimizarse la dosis absorbida recibida por los pacientes en relación con la obtención de la información diagnóstica requerida.

¹⁶ Este principio general del consentimiento informado admite algunas excepciones como las contempladas en el Convenio Europeo relativo a los Derechos Humanos y a la Biomedicina de 4 de abril de 1997 (BOE 251/1999, de 20 de octubre de 1999 Ref Boletín: 99/20638)

1ª.- Las pruebas radiológicas suponen una intervención corporal leve, que puede ser acordadas directamente por el Fiscal, y realizadas siempre con el consentimiento del interesado.

2ª.- La valoración acerca de la necesidad de la prueba exigirá la comprobación de datos del mismo menor en el Registro

3ª.- La conducción del menor al centro sanitario y su permanencia en el mismo mientras se realizan las pruebas supone una situación de privación de libertad que debe prolongarse el menor tiempo posible.

4ª.- En caso de que el menor no se someta voluntariamente a la práctica de la prueba de determinación de la edad, el Fiscal deberá informarle personalmente acerca de los aspectos esenciales, tanto médicos como legales, de la misma, así como de las consecuencias jurídicas de los resultados de la prueba y de la negativa a someterse a ella.

5ª.- La negativa a la práctica de la prueba podrá valorarse, junto con los restantes datos que obren en el expediente, como un indicio de mayoría de edad. Se tratará de un indicio poderoso, pero no determinante, pues la orientación fundamental ha de ser evitar tratar indebidamente como mayor de edad a un verdadero menor, contumaz o temeroso.

7ª.- Dado el carácter provisionalísimo de la determinación inicial de la edad, en caso de aportación de nuevas pruebas por parte del menor o de persistencia de las dudas racionales, -especialmente porque el menor presenta documentación con indicios de falsedad o porque, aun siendo genuino el documento, contiene éste datos manifiestamente incorrectos, contradictorios con otras documentaciones o no fiables para la determinación de la edad-, podrá dictarse un nuevo decreto por parte de la Fiscalía correspondiente al lugar del domicilio o en el que se encuentre el presunto menor, por el que se acuerde una nueva determinación de su edad.

8ª.- Antes de efectuarse la nueva determinación de edad, deberá solicitarse la remisión de una copia de las actuaciones practicadas por el órgano territorial del Ministerio Fiscal que actuó en primer término.

9ª.- En cualquier caso, este nuevo Decreto debe estar suficientemente motivado, y en el mismo han de exponerse detalladamente las concretas razones que justifican realizar tal revisión.

Lo cierto es que estos criterios no han servido para orientar la solución de todos los casos. Dado que el decreto inicial del Fiscal determinando la edad es provisionalísimo, varias Entidades Públicas, en fase de evaluación o incluso con posterioridad, alegando dudas sobre la minoría de edad o desconfiando de la veracidad de los datos obrantes en los pasaportes que más tarde presentan los menores, proceden a la práctica de sucesivas pruebas cuyo resultado puede determinar la salida de la persona del sistema de protección de menores. En ocasiones la entidad pública tiene elementos de juicio para sospechar que la persona afectada es mayor de edad y generalmente invoca la inconveniencia de la presencia de mayores en los centros de protección de menores.

Dejando aparte de momento el análisis del tipo de protección que debería prestarse a estos jóvenes ya mayores de edad, y centrándonos en las pruebas que practican las Entidades de Protección, hay que señalar que, siendo la entidad tutora del menor, en toda determinación de edad, se planteará un “conflicto de intereses” entre tutor y pupilo, ya que implica una intervención médica no terapéutica, exclusivamente encaminada a extraer al pupilo del ámbito de la tutela, con la consiguiente aplicación de las normas

sancionadoras de extranjería. Por ello es imprescindible la implantación de mecanismos de defensa de los derechos del afectado ante esta facultad de la entidad pública que ostenta su tutela.

El dato incontestable alude a las obligaciones legales de la entidad pública en materia de desamparo (artículos 18 LOPJM y 172 del CC), cuya omisión reviste carácter de infracción penal conforme al delito de abandono de menores de edad previsto en los artículos 229 y 233.2 del CP. Averiguar la edad es presupuesto previo del cumplimiento de estas obligaciones que permite atribuir a la entidad pública autoridad para solicitar la prueba radiológica en los casos de duda y con fines similares a los expuestos por los menores. Pero también existen argumentos a favor de exigir la intervención del Fiscal. Esta intervención se propugna atendiendo a que, dentro de los sistemas de protección de derechos fundamentales, junto con las autorizaciones judiciales, está surgiendo un sistema intermedio de intervenciones garantizadoras del Fiscal (art. 3 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen¹⁷ o, dentro del ámbito de las propias intervenciones sanitarias, los artículos 4 y 7 del Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos¹⁸).

Para autores como PALMA DEL TESO o FÁBREGA RUIZ¹⁹, la negativa del menor a dar su consentimiento a la prueba radiológica haría necesaria la intervención del Juez mediante resolución motivada que acordara su realización, estimando juez competente al de Primera Instancia. Pero ya hemos comentado la postura diferente de la FGE en su Consulta 1/2009 sobre la negativa del menor a la práctica de la prueba.²⁰

Para avanzar ciertas pautas de orientación práctica, en reunión conjunta de Fiscales especialistas en Menores y Extranjería de 20 de abril de 2010²¹ al que se llegó en 2010

¹⁷ Artículo 3 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo

1. El consentimiento de los menores e incapaces deberá presentarse 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.

¹⁸ Dispone el artículo 7.3.a) del Real Decreto 223/2004 que, si el sujeto del ensayo es menor de edad: 1º Se obtendrá el consentimiento informado previo de los padres o del representante legal del menor; el consentimiento deberá reflejar la presunta voluntad del menor y podrá retirarse en cualquier momento sin perjuicio alguno para él. Cuando el menor tenga 12 o más años, deberá prestar además su consentimiento para participar en el ensayo.

2º El menor recibirá, de personal que cuente con experiencia en el trato con menores, una información sobre el ensayo, los riesgos y los beneficios adecuada a su capacidad de entendimiento.

3º El investigador aceptará el deseo explícito del menor de negarse a participar en el ensayo o de retirarse en cualquier momento, cuando éste sea capaz de formarse una opinión en función de la información recibida.

4º El promotor pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal las autorizaciones de los ensayos clínicos cuya población incluya a menores.

¹⁹ FÁBREGA RUIZ, Cristóbal *Protección Jurídica del Menor Inmigrante*. Colex, Madrid 2001 pag.122

²⁰ Es de reseñar que SAVE THE CHILDREN estima que, como principio, todos los exámenes deben realizarse de forma voluntaria y sin coerción, respetando el artículo 37 de la Convención de Derechos del Niño en el sentido de mantener la dignidad del menor. SMITH, Terry. *Separated Children in Europe: Policies and Practices in European Union Member States: A comparative Analysis*. Save The Children, 2003, página 19 (disponible en internet: http://www.separated-children-europe-programme.org/separated_children_sp/publications/reports.html)

²¹ Las conclusiones de esta reunión fueron aprobadas por el FGE el 15 de septiembre de 2010.

conjuntamente en los ámbitos de menores y extranjería de la Fiscalía General del Estado, se acordó que:

“... tras el decreto del Fiscal aparecen datos que cuestionen la edad determinada, la Entidad Pública de Protección podrá realizar pruebas de determinación de edad complementarias. Para ello, debe recabar el consentimiento del menor maduro y en todo caso, del mayor de 16 (art. 9.3 c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica). Si se pretende realizar pruebas complementarias a menores de 16 años no maduros, será necesario nombrarle defensor judicial, figura imprescindible en atención al latente conflicto de intereses. El Fiscal controlará la concurrencia de los consentimientos necesarios y en su caso, valorará los efectos de la negativa del interesado a someterse a la prueba.”

Sin el consentimiento del menor “maduro” o del defensor judicial en el caso del menor de 16 años “no maduro” no se podrán practicar las pruebas médicas de determinación de la edad, sin perjuicio de que la negativa, en los términos que señala la Consulta 1/2009, pueda valorarse después por el Ministerio Fiscal como indicio – poderoso pero no determinante - de mayoría de edad.

“5-2.La Entidad Pública de Protección de Menores no puede, unilateralmente fijar una edad distinta a la previamente establecida en el decreto del Fiscal. Por ello, una vez practicadas las pruebas complementarias las pondrá en conocimiento del Fiscal para que, en su caso, modifique el decreto de determinación de edad.

5-3. Si, al margen de estos cauces y como consecuencia de su determinación de la edad, la Entidad Pública de Protección de Menores dictase resolución de cese de la tutela, deberá el Fiscal impugnarla por los cauces del art. 779 y ss LEC, interesando la posible adopción de medidas urgentes para evitar los perjuicios que se derivarían de la salida del afectado del sistema de protección, dado que el artículo 158 es aplicable en todo tipo de procesos civiles.

Muchos de los problemas que se han planteado guardaban relación con el deficiente funcionamiento del Registro de Menores Extranjeros en buena medida corregido tras la reforma reglamentaria y la sumisión del registro a la coordinación de la Unidad de Extranjería de la FGE. Se trata ahora de que se registren forzosamente los datos del mena, en especial, su reseña decadactilar y fotografía,

En consecuencia, el Fiscal no debe autorizar la práctica de pruebas ni determinar la edad antes de conocer el resultado de la consulta al registro; y por lo mismo, no debe cerrar las Diligencias de determinación de edad sin constatar, mediante acuso de recibo, que se ha practicado el correspondiente asiento en el Registro.

En los casos en que se dicte nuevo decreto de determinación de edad habrá de modificarse el asiento registral, debiendo el Fiscal a tales efectos oficiar al Registro.

Para la Consulta FGE 1/2009, de 10 de noviembre de 2009, *sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no*

acompañados, las pruebas radiológicas implican una intervención corporal leve, que puede ser acordada directamente por el Fiscal y siempre practicada con el consentimiento del interesado. La negativa podrá valorarse, junto con los restantes datos que obren en el expediente, como un indicio poderoso, aunque no determinante, de mayoría de edad.

Una vez dictado por el Fiscal el Decreto de determinación de la edad, en caso de aportación de nuevas pruebas o de persistencia de las dudas racionales, podrá dictarse otro decreto acordando nueva determinación de su edad. También la Entidad Pública de Protección puede realizar ulteriores pruebas, siempre con el consentimiento del menor maduro o mayor de 16 años o previo nombramiento de Defensor Judicial para el menor no maduro. El resultado de estas nuevas pruebas ha de ponerse en conocimiento del Fiscal para que, en su caso, modifique su resolución

III. 2.2 Identificación y evaluación

Esta etapa que surge una vez que se constata la minoría de edad del niño extranjero tiene particular importancia a efectos de proporcionar la protección adecuada a la situación concreta del niño, particularmente cuando la misma demanda – aunque no se hubiera invocado - asilo o protección internacional.

Los trabajos de redacción del art. 22 de la CDN que consagran los derechos de los niños refugiados o “ que tratan de obtener el estatuto de refugiado”, partían de que estos niños necesitan protección y asistencia especiales. Esta referencia desapareció en el texto definitivo porque se asumió que la correcta aplicación de los artículos de la CDN satisfaría las necesidades del niño refugiado. La supresión en realidad respondía a la presión de los Estados más reacios a conceder derechos especiales de residencia o nacionalidad o a sufragar los gastos de búsqueda de familiares.

En España el carácter altamente protector de la infancia de nuestro sistema ha contribuido a la absorción de los posibles casos de niños precisados de protección internacional por el grupo de MENAS. Al final, el permanente debate sobre la problemática estadística y presupuestaria que éstos plantean ha repercutido de manera insensible pero negativa, en las actitudes y prácticas de protección internacional de menores. Y sin embargo, importa tomar conciencia de que muchas veces los niños y adolescentes extranjeros no acompañados precisan una protección y una asistencia especiales, y que hay un número indeterminado pero real de menores extranjeros no acompañados que pueden ser acreedores de asilo o protección subsidiaria, aunque no hayan presentado solicitud.

Por eso precisamente el art. 22 de la Convención debe interpretarse en relación con otros preceptos como el art. 9 (separación del niño sólo cuando sea necesario en su propio interés), el art. 10 (derecho a reunión con su familia), el art. 20 (protección del niño privado de su medio familiar), art. 39 (recuperación de todo niño víctima de tortura, trata o conflictos armados)

Es también importante destacar cómo el art. 22 de la Convención no habla del niño refugiado sino del niño que trata de obtener el estatuto de refugiado. Este matiz extiende

la obligación de proteger al niño durante la instrucción de su solicitud, aunque sólo sea a través de la adecuación de los procedimientos.

En un primer momento los aspectos clave son identidad e identificación por una parte e información comprensible al menor por otra. El art. 8 de la CDN, cuando consagra el derecho del niño a la preservación de su identidad, menciona solo algunos de los elementos de la identidad. Preservar estos y otros aspectos de la identidad es obligación que establece también el art. 20 cuando dispone que “se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”.

En todo caso, una de las preocupaciones del Comité de Derechos del Niño alude a los derechos y necesidades de protección reforzada de los menas por lo que recomienda el refuerzo de las medidas para facilitar a los menas el asesoramiento inmediato y el acceso pleno a la educación y demás servicios.

La situación de guarda de hecho, desamparo provisional o tutela provisional o cautelar, por parte de los servicios de protección de menores tiene en esta fase la finalidad de realizar una identificación completa del menor y sus circunstancias. Esta tarea por su importancia en la decisión del interés superior del menor debería realizarse por equipos multidisciplinares en los que se integrarían profesionales cualificados en temas de infancia y migraciones y conocedores del nivel de respeto a los derechos humanos en los distintos países de origen²². En todo caso, las primeras indagaciones han de orientarse a la constatación de las causas reales de la situación de abandono o separación del menor y en su caso, de su migración así como a la detección de posibles situaciones acreedoras de asilo o protección subsidiaria. Como se ha dicho antes, es importante descartar en este momento la concurrencia de tales presupuestos con carácter previo a la localización y contacto con la familia del menor de cara al examen de la eventual conveniencia de la repatriación.

Cuando se trata de niños refugiados, abandonados o simplemente desamparados, deben adoptarse las medidas que garanticen la recopilación detallada y la conservación de dichos datos. Pero la obligación de preservar, implica también la confidencialidad sobre todo ello.

El art. 8.2 de la CDN añade: “Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”. Con ello se reconoce el grave perjuicio que supone para el menor verse privado de su identidad y por ende, se impone la obligación de destinar recursos necesarios para remediar dicha situación. En tal sentido, la “asistencia apropiada” deberá incluir entre otros aspectos la búsqueda activa de parientes o miembros de la comunidad a la que pertenece el menor refugiado utilizando los medios precisos para buscar familiares o lograr la reunificación cuando es conforme con el interés superior del menor, alentar al niño a cargo de la administración a conservar su religión, cultura e idioma, adaptar las leyes sobre nacionalidad para considerar el interés superior del menor en cuestiones

²² ACNUR mantiene “llamamientos” a la cautela respecto de determinados países como Costa de Marfil, Somalia, Irak, Eritrea, Kosovo, Sudán (Darfur), Afganistán, Angola, Armenia, Chechenia, Bosnia_Herzegovia, Líbano, Rusia, Sri Lanka, Nepal, Colombia....

relativas a expulsión o reunión de la familia, y acelerar los trámites de asilo y naturalización.

Son por ello de extrema importancia las primeras actuaciones, una vez que el menor se encuentra en Centro de Protección o acogida, para conseguir una identificación individual lo más completa posible. De ello depende que pueda darse a cada niño la solución estable más adecuada a sus necesidades reales.

Aunque éste es un momento crítico, por lo general se orientan las averiguaciones simplemente a la obtención de información sobre la identidad y nacionalidad del menor, si ha sido atendido en otro recurso, si tiene familia... Está claro que deben incrementarse las cautelas y las buenas prácticas que determinarán la elección por la opción correcta desde la perspectiva legal y la más conforme al superior interés del menor que se intenta concretar. Por ejemplo, será prudente retrasar los contactos con la familia en el país de origen hasta constatar que el menor no es o no ha de ser acreedor de la protección internacional por razones familiares o de parentesco.

En este sentido, el Comité de Derechos del Niño en su informe sobre España CRC/C/15/Add.28, párrafo 9 manifestó su preocupación ante la práctica indiscriminada de las autoridades españolas de informar automáticamente a las autoridades de los países de origen de los menores extranjeros, como contraria al principio de que debe tratarse cada caso de manera individual, pero sobre todo, porque puede conducir a su persecución o a la persecución de sus familiares por motivos políticos.

En esta fase las prácticas administrativas son muy dispares. Ordinariamente se trata de una evaluación e investigación de las circunstancias del menor por el tiempo mínimo imprescindible – entre uno y tres meses - en una situación interina que ordinariamente se regula como “atención inmediata”, “desamparo cautelar”, “desamparo provisional”, “guarda legal”... Muchas veces se observa una pasividad de las entidades públicas que mantienen al menor extranjero en situación de mero acogimiento material de forma casi indefinida, como constatan algunos informes elaborados por los Srs. Fiscales Delegados de Menores para la Memoria anual de la FGE.

Pero la “protección” no consiste sólo en proporcionar acogida e información mientras se restablece la identidad del niño. Es preciso también, en informarle de sus derechos y explicarle los trámites de un proceso en el que ha de destacar, como se expresa en el art. 8 de la Convención, la rapidez en la actuación.

Esto es así porque la identidad no es sólo cuestión de filiación y origen cultural. Mientras crece, el niño va asimilando la identidad de la cultura en la que vive de forma que sacarle de ella supondría una segunda privación de identidad inaceptable desde el punto de vista de su interés superior.

Por ello la etapa de interinidad previa a la declaración de desamparo para la evaluación sólo puede extenderse en el tiempo en los casos en los que el propio menor – normalmente nacional - o sus representantes, contrarios a la declaración de desamparo, solicitan acreditación suplementaria sobre la efectiva necesidad de la tutela. En otro caso y generalmente en el de los extranjeros no acompañados, ha de limitarse al tiempo absolutamente imprescindible, habida cuenta de las consecuencias negativas que se derivan de la asunción de formas de protección provisional distintas a la tutela, sobre

todo en materias de importancia como son:

- a) la obligación de la entidad tutora de instar a la Delegación del Gobierno la autorización de residencia,
- b) el régimen de escolarización y sus derechos inherentes y
- c) la renovación de la autorización de residencia y permiso de trabajo una vez llegada la mayoría de edad.

En esta fase habrán de tenerse en cuenta las consideraciones del Comité de Derechos del Niño en su Observación General 6(2005) sobre *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen* sobre la necesidad de considerar los presupuestos de la definición de refugiado atendiendo a la edad y el género porque la persecución por razones familiares, reclutamiento o trata de personas, prostitución, mutilación genital presenta perfiles propios al referirse a niños y frecuentemente tiene lugar en el curso mismo del proceso migratorio, dada la especial vulnerabilidad de los niños.

La Comisión Europea expone en su Plan de Acción 2010-14 *para los menores extranjeros no acompañados* (Com. 2010 213 final 6.5.2010) que, “El rastreo de la familia es un elemento clave del principio de garantía de la unidad familiar. También está relacionado con las obligaciones establecidas en los instrumentos pertinentes de la Unión Europea, es decir, un menor no puede ser expulsado si no retorna con un miembro de su familia, con el tutor designado o a unas instalaciones de acogida adecuadas del Estado de retorno”.²³

Puede decirse que en la práctica general actual los primeros pasos de esta fase de evaluación se orientan a indagar sobre las posibilidades y conveniencia de la repatriación sea conforme con el superior interés del menor, y que mayoritariamente queda descartada tal opción. Pero esta fase de interinidad previa al otorgamiento de la protección necesaria no puede prolongarse *sine die* ni más allá del tiempo necesario para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar sus necesidades reales.

A tales efectos, pasado un tiempo máximo prudencial²⁴ debe procederse a constituir la tutela. Si así no fuera, deberá el Fiscal promover ante la jurisdicción civil las acciones procedentes para que la Entidad Pública de Protección de Menores cumpla con sus obligaciones legales.

²³ La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo (2010) 213 final, contiene el Plan de Acción 2010-2014 sobre los menores no acompañados, en cuyo apartado 4 se establece que: “La Comisión publicará las directrices sobre las mejores prácticas, en colaboración con expertos científicos y juristas, así como con la Oficina Europea de Apoyo al Asilo, que preparará los documentos técnicos sobre la evaluación de la edad.

- Se pide a la Oficina Europea de Apoyo al Asilo que organice actividades de formación sobre la evaluación de la edad y que prepare un módulo dentro del plan de estudios europeo y un manual de las mejores prácticas.

- Los Estados miembros deberían utilizar el Sistema de Información de Visados (VIS), en cuanto sea operativo, para verificar la identidad de menores no acompañados que estén registrados con arreglo a las condiciones del artículo 19 del Reglamento VIS24.

- La Comisión:

- Animará a los Estados miembros para que se presten ayuda mutua para el rastreo de las familias en los países en que hayan establecido redes operativas a tal efecto..

- Promoverá un enfoque común (es decir, directrices sobre las mejores prácticas) de la evaluación de la edad y el rastreo de la familia, que se referirá también a la forma de abordar estos asuntos en los casos de recurso.

²⁴ Tres meses según las Conclusiones 10 de abril de 2010

En la práctica no es una labor sencilla. Hay que distinguir aquellos menores cuyo acceso al sistema de protección ha sido muy puntual porque ingresan de urgencia en los centros de recepción y se fugan inmediatamente, respecto de los que resulta difícil realizar un seguimiento, bien porque usan nombres supuestos o se trasladan de una comunidad autónoma a otra.²⁵

Otros adolescentes ingresan en el sistema de protección con vocación de permanencia. En este caso, la supervisión del Fiscal podrá realizarse en doble vía: a través del examen de las incidencias de cada expediente y las resoluciones acordadas respecto de cada menor que la entidad pública ha de comunicar puntualmente. Es una supervisión y por tanto, a posteriori de la actuación administrativa.

También pueden los Fiscales de Menores a través de su relación institucional con las entidades de protección, realizar las indicaciones pertinentes sobre la cualificación exigible a los intervinientes o sobre ciertos criterios de actuación. El grado de cumplimiento de tales indicaciones será más o menos variable y estará en función tanto de la disposición de las autoridades administrativas, como de la reacción impugnatoria del Fiscal y las decisiones de los Tribunales. Lógicamente, frente a perjuicios concretos o riesgo de padecerlos en un menor, siempre puede el Fiscal acudir a los Tribunales para lograr la protección que en cualquier procedimiento pueda demandarse a favor de un menor al amparo del art. 158 CC.

Pero la supervisión del Fiscal puede resultar particularmente operativa en el curso de sus visitas periódicas de inspección a los centros residenciales de protección de menores (art. 21.4 LO 1/1996, en las que inspecciona las instalaciones, las medidas de seguridad e higiene, se entrevista con los profesionales y, reservadamente, con los menores que así lo soliciten, promoviendo la corrección de las deficiencias que se observen. La visita y la entrevista reservada con cada residente permite al Fiscal examinar de cerca la problemática individual de cada menor y también, la corrección de las medidas de protección acordadas.

Para guiar esta actuación de los Fiscales existe un Protocolo de Actuaciones a practicar por los Fiscales, con inspiración en las disposiciones del CC (art. 174) y de la LOPJM y normativa autonómica de protección de menores, en la CDN (especialmente los arts. 19, 20 y 25) y en la Recomendación Rec (2005) 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre *derechos de los menores internos en instituciones residenciales*, adoptada el 16 de marzo de 2005.

Cuando se trata de Centros de Acogida Inmediata o de Recepción al que originariamente acceden los menores extranjeros, el Protocolo (Apdo 20) recomienda:

1. *Velar porque en estos centros sólo ingresen niños y adolescentes que precisen de una atención inmediata por encontrarse en situación de*

²⁵ Sobre esta cuestión, el Plan de Acción 2010-2014 de la Comisión Europea para los menores refugiados (Com.2010 (213) final 6.5.2010), señala que: “la desaparición de los menores no acompañados que deberían estar al cuidado de las autoridades nacionales es otro asunto que suscita una gran preocupación. Algunos recaen como presa de los traficantes, otros intentan reunirse con miembros de sus familias o comunidades en otros Estados miembros o terminan trabajando en la economía sumergida y viviendo en condiciones degradantes”.

desamparo o alto riesgo, procurando diferenciar los centros o, en su caso, los grupos educativos de un mismo centro, en función de las edades de los menores. Debe procurarse que los centros de atención a bebés y menores de 3 años sean específicos, y que el ingreso en los mismos se produzca cuando no sea conveniente en interés del menor un acogimiento familiar.

2. Evitar que los centros actúen como cajón de sastre de todo tipo de situaciones de riesgo, en los que conviven menores con problemas de comportamiento severo, deficiencia mental y niños de corta edad en situación de desamparo, pues ello dificulta cualquier proyecto educativo y lesiona los derechos de los menores, suponiendo un incumplimiento notorio de los arts. 11 y 21 LOPJM, al no ofrecerse a los menores internados el trato especializado y personalizado exigido por la Ley. En caso de que se detecte este tipo de disfunciones se harán constar detenidamente en el acta y se requerirá a la Entidad Pública para que proceda a su corrección a la mayor brevedad.

3. Controlar que la estancia de los menores en estos centros sea la mínima necesaria para buscarles un recurso específico en atención a sus necesidades.

Con relación a las inspecciones de los Centros de protección de menores extranjeros:

1. Desplegar una especial vigilancia por parte del Fiscal, en atención a las características de particular vulnerabilidad de los niños y jóvenes que acogen.

2. Comprobar si existe en ellos personal adecuado a la problemática que la extranjería puede añadir, y en concreto, traductores que permitan la comunicación u otros profesionales expertos en la mediación cultural, indispensables en la eficacia de elaboración y aplicación de programas de actuación individual.

3. Se constatará la existencia de programas educativos generales e individualizados y programas de actividades que extiendan la protección dispensada a la preparación de los niños y jóvenes para su vida autónoma.

4. Se comprobará también el cumplimiento de lo previsto en el art. 35.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LOE) así como en el art. 92.5 del Reglamento de la LOE, en relación con el art. 10.4 LOPJM en el que se establece que una vez constituida la guarda o tutela a que se refiere el apartado anterior de este artículo, la Administración Pública facilitará a los menores extranjeros la documentación acreditativa de su situación, en los términos que reglamentariamente se determinen.

5. Cuando a raíz de la visita se detectaran irregularidades o disfunciones en relación con los procedimientos de documentación de los menores extranjeros, se pondrán las mismas en conocimiento del Sr. Fiscal Delegado de Extranjería con miras a una actuación coordinada de las respectivas Secciones de la Fiscalía.

Pero el Protocolo y la elaboración de normas de buena práctica en general es una tarea de carácter dinámico que permite y demanda una actualización permanente. En tal

sentido, deberían incorporarse pautas encaminadas a la indagación sobre la efectividad de la protección como:

- la información de derechos a los menores y en concreto la información sobre los presupuestos que permiten acceder al asilo o la protección internacional y de sus posibilidades de presentar la correspondiente solicitud;
- la existencia en el centro profesionales cualificados por su conocimiento de la problemática que la inmigración entraña en la infancia y adolescencia, así como en cuestiones relacionadas con los países de origen más frecuentes y sus culturas. Serán particularmente las visitas a los centros de primera acogida en las que se aconseja una periodicidad trimestral, donde deban extremarse las cautelas con miras a detectar indicadores de necesidad o posibilidad de protección internacional.

III.2.3 Documentación del menor extranjero tutelado

Como indica el citado Plan de Acción de la Comisión Europea 2010-2014 la legislación y las políticas de la UE no abordan la situación de los menores que no pueden ser repatriados, y dejan que la legislación nacional regule la concesión de permisos de residencia por motivos humanitarios, compasivos u otros. Por ello establece que en estos casos, “ se concederá un estatuto jurídico a los menores no acompañados que les reconocerá como mínimo los mismos derechos y la protección de que disfrutaban anteriormente, y se les buscará un alojamiento idóneo. Los menores deberían recibir ayuda en el proceso de su integración adecuada en la sociedad de acogida”.²⁶

La obligación de documentación del menor extranjero se regula en el art. art. 35.7 de la LOE y en el art. 196.1 del actual Reglamento de la LOE (en relación con el art. 10.4 de la LOPJM), en el que se establece que *una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de repatriación del menor, y en todo caso, transcurridos nueve meses desde que el menor hubiera sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores, se procederá a otorgarle la autorización de residencia a que se refiere el art. 35.7 de la LO 4/2000 de 11 de enero. 2. La oficina de Extranjería de la Delegación o Subdelegación del Gobierno de la provincia donde esté fijado el domicilio del menor iniciará de oficio, por orden superior o a instancia de parte, el procedimiento relativo a la autorización de residencia.*

Como órgano de supervisión de la tutela administrativa, el Fiscal ha de verificar el adecuado cumplimiento de las funciones tutelares, una de las cuales es indudablemente

²⁶ El citado Plan de Acción europeo 2010-2014 sobre menores no acompañados, en su apartado 5 menciona como “Desarrollo de las políticas :• La cuestión específica de los menores no acompañados debería tenerse más en cuenta en las políticas de integración nacionales y de la UE mediante el intercambio y el desarrollo de las mejores prácticas, etc.

• La Comisión:

– Abordará los desafíos específicos que plantean los menores no acompañados en la nueva agenda para la integración de los migrantes de la UE.

– Examinará la situación específica de los menores no acompañados en el estudio previsto sobre el trato a los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal que temporalmente no pueden ser repatriados, y evaluará la necesidad y conveniencia de establecer un marco común relativo a los menores no acompañados que no pueden ser repatriados.

proporcionar al menor la documentación imprescindible no sólo para su residencia legal y mínima movilidad, sino para trabajar y acceder a recursos formativos como base de una autonomía socio laboral. Esta obligación debe cumplirse, sin esperar al transcurso de nueve meses, una vez acreditada la imposibilidad de retorno del menor con su familia o al país de origen (art. 35.3 de la LOE). Esto es, dicho plazo de 9 meses, opera como límite máximo y no como término “a quo”, por lo que la entidad pública que en cada caso ejerza la tutela debe solicitar la documentación del menor, en cuanto quede justificada la imposibilidad de repatriación.

El plazo máximo de 9 meses reglamentariamente previsto, supone la desconexión de la tramitación y otorgamiento de la autorización de residencia de cualquier petición de parte, e impone el otorgamiento de oficio de la autorización de residencia, pero no impide que el procedimiento se inicie previamente a petición del órgano que ejerce la tutela, como conviene al interés del menor, máxime teniendo en cuenta que la autorización de la residencia no será impedimento para la repatriación del menor, cuando posteriormente deba realizarse conforme a lo previsto en este artículo, y es perfectamente compatible con la tramitación paralela de la solicitud de asilo.

La actuación del Fiscal en este sentido debe estar en consonancia con el contenido de la Observación General 6(2005) del Comité de Derechos del Niño (Regla 89) cuando dispone que “la integración en el país de acogida constituye la opción principal si el retorno al país de origen se revela imposible por razones jurídicas o de hecho”, y que la aquella integración debe basarse en un régimen jurídico estable, - del que es presupuesto la documentación - , y estar regida por los derechos previstos en la Convención que son plenamente aplicables a todos los menores extranjeros que permanecen en el país con independencia de que ello sea en razón de su reconocimiento como refugiados, de cualesquiera obstáculos jurídicos al retorno o de si el análisis de los intereses superiores del niño desaconseja tal medida.

En el curso de las entrevistas reservadas del Fiscal con los adolescentes extranjeros residentes en centros de protección los Fiscales detectan generalmente que su preocupación prioritaria es obtener la documentación que acredite su residencia legal y les permita trabajar en España. Una y otra demoran su tramitación por diversas causas²⁷.

En tal sentido, las gestiones dirigidas a determinar si es posible la repatriación deberán realizarse con la mayor celeridad. Se considera a tales efectos que un mes es un tiempo prudencial. Pasado ese período aproximado, es forzoso optar por una solución de carácter estable que excepcionalmente será la propia del estatuto de protección internacional, y por lo general, la de la integración del menor extranjero en nuestro país.

Por ello, pasado dicho plazo prudencial de un mes, salvo que concurra causa justificada, la Entidad Pública de Protección de Menores debe promover ante las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno la concesión de la autorización de residencia, y ello con

²⁷De conformidad con la Instrucción 3/2008 de la FGE y el artículo 4 de nuestro Estatuto Orgánico, es obligación del Fiscal promover la corrección de las deficiencias que se observen en los centros de Protección de Menores. En caso de que las disfunciones comunicadas a la Autoridad Autónoma competente no sean corregidas en plazo razonable, atendidas las circunstancias en cada caso concurrentes, la Sección, a través del Fiscal Jefe, lo pondrá en conocimiento del Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma y del Fiscal de Sala Coordinador.

independencia de que paralelamente se hubiera procedido a la tramitación del procedimiento de asilo.

Obviamente toda intervención tendente a la integración habrá de dotar a los menores de los recursos y habilidades que integran la autonomía personal. El primero de tales recursos es la documentación que permita no sólo la identificación, sino la residencia y el trabajo, en definitiva, la autonomía socio laboral.

Frente a la falta de concesión de la autorización de residencia por parte de la Autoridad Gubernativa sin causa justificada, teniendo en cuenta que dicha concesión es obligada, los Fiscales de Extranjería actuarán contra la Delegación o Subdelegación de Gobierno en el orden contencioso.

Pero aunque la mayoría de los menores extranjeros en el sistema de protección obtienen el permiso de residencia, no ocurre así con el permiso de trabajo que se demora más. Los perjuicios son importantes porque ello impide el acceso a cursos de formación profesional e incrementa el sentimiento de impotencia y frustración en los jóvenes. Se ha instado en consecuencia, a los Fiscales de Extranjería de promover la remoción de obstáculos en la obtención de autorizaciones de trabajo.

El abordaje global de las dificultades que plantea la determinación de la edad es el objeto del Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados, que actualmente impulsa la Secretaría de Estado e Inmigración (artículo 190.2 REX), hoy Secretaria General de Inmigración, y en actual elaboración.

IV.- EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

IV.1. Ideas generales

El art. 26 CDN garantiza al niño *el derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, espiritual, moral y social* y el art. 29, *el derecho al desarrollo de sus propias aptitudes y a prepararlo para una vida responsable*. Estos términos legales ilustran la consideración instrumental de algunos de los derechos (*developmental rights*) para garantizar los intereses actuales del niño y los del futuro adulto que será.

Actualmente, ya no es necesario insistir en la reconocida condición personal de los menores de edad, en el reconocimiento y protección de su dignidad, de los derechos inviolables que le son inherentes y del libre desarrollo de su personalidad (arts. 10 y 27.2 CE).

Salvaguardar el desarrollo personal del niño para el futuro es una necesidad de la identidad actual del menor, en aras de garantizar las expectativas que razonablemente quepa concebir desde la realidad actual. Podría citarse la STS 26/2013, de 5 de febrero (Sala Primera):

“El componente axiológico que anida en la tutela del interés superior del menor viene íntimamente ligado al libre desarrollo de su personalidad (art.

10 CE), de suerte que el interés del menor en decidir sobre su futuro profesional constituye una clara manifestación o presupuesto del desarrollo de su libre personalidad que no puede verse impedida o menoscabada (SSTS del 19 de abril de 1991, 31 de julio de 2009, 565/2009 y 13 de junio de 2011 397/2001). En este ámbito no cabe la representación, del mismo modo que tampoco pueden ser sujetos obligados respecto de derechos de terceros. La adecuación al interés superior del menor, por tanto, se sitúa como el punto de partida y de llegada en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno tanto a la defensa y protección de los menores, como a su esfera de su futuro desarrollo profesional”.

Esta misma sentencia, tratando la nulidad de un precontrato de trabajo futuro de un niño futbolista con un club (por representación de sus padres) y, en concreto, del pacto de cesión de derechos de imagen futura del menor (artista, deportista, jugador de fútbol...) dice:

“Se tiene que tener en cuenta que el derecho a la imagen tiene un contenido patrimonial, pero dicho ámbito está íntima e indisolublemente vinculado a su ámbito personal, ya que el derecho a la propia imagen es, en esencia, un derecho a la personalidad, es decir, que dentro del elenco de derechos fundamentales es de aquellos más relevantes y trascendentes ya que tiene por objeto alguno de los aspectos o elementos más esenciales de la persona en sí misma considerada. Por eso, como derecho de la personalidad, es un derecho irrenunciable, inalienable, imprescriptible y podrá ser revocado en todo momento.”

Pero compatibilizar la consideración de los intereses futuros del niño con sus necesidades actuales no es tarea sencilla. Descartado el enfoque social que perseguiría la formación ciudadanos eficientes, los intereses del niño deben considerarse desde su propia proyección de futuro. Ello suscita la cuestión del protagonismo creciente que el propio menor debe tener en la determinación de su personalidad y sus intereses.

Según la Exposición de Motivos de la LOPJM:

“El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección de la infancia en la actualidad”.

Desde esta perspectiva, el “derecho de autodeterminación” (STC 154/2002, de 18 de julio) consiste en su actuación directa y progresiva en todo aquello que puedan hacer por sí mismos con arreglo a su edad y capacidad de discernimiento.

En este ámbito, cobran particular relieve el derecho del niño al acceso a la información y a la protección frente a información perjudicial (art. 17 CDN), el derecho a ser

escuchado (art. 12), a la libre expresión de sus opiniones (art. 13), a la libertad de conciencia y de religión (art.14), a la libertad de reunión y asociación (art. 15), a la educación (art. 28), al esparcimiento, el juego y a la participación en la vida cultural y artística (art. 31)...

El ejercicio de estos derechos favorece la configuración de la propia vida mediante el uso de la libertad y las opciones personales. Si se tiene en cuenta además que la patria potestad (como la tutela) se ejerce siempre en beneficio de los hijos y *de acuerdo con su personalidad* (art. 154.2 CC), se concluye que los niños, a través de su voluntad y sus opiniones, deben participar progresivamente –en función de su edad y grado de discernimiento- en la determinación de su propio interés en todas las cuestiones que les atañen.

IV.2 Derecho a ser escuchado: la audiencia del menor

El art.12 CDN consagra el derecho de todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio a ser escuchado y a que su opinión sea debidamente tenida en cuenta en los asuntos que le conciernan.

Esto no quiere decir que la opinión del niño sea soberana, sino que no existe ningún sector reservado a la autoridad de los padres o de los adultos en el hogar, la escuela u otro ámbito donde se desarrolle la vida del niño, en el que no tenga cabida su opinión. Esta idea se confirma cuando el art. 13.1 CDN consagra el derecho del niño a “*buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo*”.

Pero se impone una distinción: el derecho a la libre expresión de las propias opiniones es un derecho universal que afecta a todos los niños en tanto personas. La restricción en función de la capacidad de formarse un juicio propio afecta sólo a un segundo nivel, esto es, al derecho del niño a ser escuchado y a que su opinión pese en el proceso de decisión.

Este aspecto guarda íntima relación con la evolución de las facultades del niño. El discernimiento sobre el grado de madurez de un menor no es una tarea fácil y requiere una indagación individualizada. En algunos ámbitos y dependiendo de las circunstancias, el niño puede estar en condiciones de formarse un juicio propio desde muy pequeño, aun cuando no pueda comunicarlo fácilmente.

Nuestra legislación civil establece edad o edades a partir de las cuales se reconoce a los menores de edad capacidad para ciertos actos concretos. Al margen de ello, con carácter general, opta por vincular la concesión de mayores ámbitos de autonomía con referencia a la madurez y juicio del menor, esto es, a su capacidad natural de discernimiento para comprender el alcance y consecuencia de sus actos.

El Comité de Derechos del Niño, en su Observación General nº 12 (2009) sobre *el derecho del niño a ser escuchado*²⁸, señala que el término "madurez" hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño para formarse opinión sobre un tema concreto y para decidir al respecto

²⁸ CRC/C/CG/12, 20 de julio de 2009

A tal efecto pueden darse algunas pautas generales:

- La evaluación deberá verificar si concurre una mínima racionalidad de la opinión u opción expresada, de forma que sea congruente con los fines contemplados por el menor que la expresa y que éstos sean razonablemente realizables en el marco de su realidad personal.
- La edad en sí misma no es factor determinante de la trascendencia de las opiniones del menor, porque el desarrollo cognitivo y emocional no va ligado de manera uniforme a la edad biológica. La información, la experiencia, el entorno y el nivel de apoyo recibido condicionan la evolución de las capacidades del menor, por lo que se impone siempre una evaluación individualizada – y tanto más exhaustiva cuanto menor sea el niño –.
- Debe ponderarse la trascendencia de los efectos de la cuestión a decidir en la vida del niño. Cuanto más importantes o irreversibles sean, más rigurosa debe ser la apreciación de los presupuestos de madurez.

Por último, hay que recordar que la CDN reconoce los derechos y las responsabilidades de los padres o representantes legales de los niños de impartirles dirección y orientación apropiadas, pero subraya también que tal reconocimiento tiene por objeto permitir que los niños ejerzan sus derechos con autonomía creciente en función de su edad.

En España este derecho se consagra en el art. 9 LOPJM, reforzando una larga tradición de disposiciones que obligan a *oír* al menor antes de tomar decisiones graves que le afecten (art. 92, 154, 156, 159, 177 CC). De los términos imperativos del citado art. 9 se desprende el deber de los padres, educadores, cuidadores, jueces... de oír al menor, que puede solicitar del Juzgado ser oído “directamente o por persona que le represente”.

Pero no se trata de un derecho absoluto pues puede ser denegado en resolución motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y al menor y sus representantes, cuando se estime que la audiencia pueda ser perjudicial.

Por su parte, el art. 92.6 CC establece que en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y *oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor.*

Por tanto, la audiencia directa del menor que tenga suficiente juicio no se configura en el CC y LOPJ como imperativa, sino como susceptible de modulación por el Juez a través del inciso que subordina la decisión a que *se estime necesario.*

Sin embargo, la regla 4ª del art. 770 LEC, de redacción anterior a la actual del art. 92 CC, continúa manteniendo de forma imperativa la audiencia del menor cuando haya cumplido los doce años de edad.

La Circular 3/2009 FGE sobre *protección de menores víctimas y testigos*, resuelve la aparente antinomia primando el carácter sustantivo de la norma contenida en el art. 92 CC y su carácter de *lex posterior* y concluye que, siendo inexcusable garantizar el derecho del niño a expresar su opinión y ser oído, el trámite concreto de audiencia

directa del menor no es imperativo pues su práctica queda subordinada a que se estime necesario, tomando en consideración que puede no serlo y ponderando que a veces esta comparecencia en el Juzgado comporta perjuicios emocionales, conflicto de lealtades y otros inconvenientes para el menor. En todo caso recomienda a los Fiscales posicionarse previo análisis de las circunstancias del niño y del conflicto, evitando la utilización de fórmulas estereotipadas o impresos rutinarios.

Por supuesto, estas exploraciones –que no testimonios- deberán realizarse de forma que el menor se sienta lo más relajado posible, recabando si es necesario el auxilio de especialistas (art. 770.4ª LEC) y respetando las condiciones necesarias de discreción e intimidad.

IV. 3 La relevancia del consentimiento de los niños y adolescentes

Son dos los preceptos que regulan esta cuestión con carácter general:

El art. 162 CC excepciona del ámbito de representación de los padres "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". Son derechos de la personalidad aquellos que pretenden garantizar a la persona el goce y respeto de su propia entidad e integridad en todas las manifestaciones físicas y espirituales. Por su propia naturaleza, en la esfera estrictamente personal y en la familiar de carácter personal está normalmente excluida la sustitución del titular.

Por su parte, el art. 2 de la LOPJM dispone que *las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva*.

La *ratio legis* de ambas disposiciones se ajusta a la exclusión en principio, de la representación y sustitución del titular en la esfera estrictamente personal y en la familiar de carácter personal.

En el marco civil, existen otros preceptos que evidencian el reconocimiento legal de un progresivo ámbito de capacidad a los menores adolescentes:

- El mayor de catorce años, puede testar (art. 663.1 del CC) o ser testigo en los actos *inter vivos* (art. 1.246.3 del CC).
- El mayor de dieciséis años puede ser testigo en el testamento excepcional otorgado en tiempo de epidemia (art. 701 del CC) o adquirir la mayoría de edad laboral (art. 6.1. del Estatuto de los Trabajadores).
- El art. 3.1 de la LO 1/1982 de 5 de mayo de *protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*: "El consentimiento de los menores (...) deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil".
- En esta misma línea, el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que

se aprueba el *Reglamento de desarrollo de la Ley de Protección de Datos de carácter personal* permite a los menores de 14 años prestar por sí mismos su consentimiento para el tratamiento de sus datos.

En relación con esta normativa, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de marzo de 1989 y de 14 de mayo de 2010 señalan que “no existe una norma que, de forma expresa, declare la incapacidad de los menores para obrar en el ámbito civil” y que “... por debajo de los 18 años habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (arts. 1,3 y 5 del Código Civil)”.

En el ámbito civil, la edad y capacidad del menor han de ser analizadas en cada caso para calificar la relevancia y validez de su consentimiento en atención a la naturaleza y trascendencia de la decisión.

En el ámbito penal

- El art. 181 CP, presupone que el consentimiento libre y voluntariamente prestado por un menor de edad que tuviere ya cumplidos los 13 años, legitima la relación sexual con el mismo que no puede ser considerada delito de abuso sexual, siendo así que, por el contrario, toda relación sexual con un menor de 13 años (art. 183) será constitutiva de abuso sexual. Es cierto que en el art. 181.3, con una adecuada cautela, se castiga también “cuando el consentimiento se obtenga prevaleciendo el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima (...)” y que, con 13 años, es fácil prevalecerse de esa superioridad. Pero en ausencia de ese prevalimiento, es lícita la relación sexual libremente consentida por un mayor de 13 años.
- En ningún caso, el consentimiento de menores de 18 años permite la aplicación del tipo atenuado de auxilio ejecutivo al suicidio ajeno (243 CP) ni tiene relevancia para eximir de responsabilidad penal a las lesiones por cirugía transexual, trasplante de órganos y esterilización (art. 153 CP).

IV. 4 Participación en la esfera pública

La participación de niños y jóvenes se entiende como un proceso gradual de aprendizaje mediante el cual los menores comparten con los adultos las decisiones que les afectan tanto en la vida propia como en su ambiente y su comunidad. Para el Comité de Ministros del Consejo de Europa consiste en tener “el derecho, los medios, el lugar, la posibilidad y, si es necesario, el apoyo adecuado para participar en las decisiones, influir sobre ellas y si es necesario, el apoyo adecuado para involucrarse en acciones y actividades para contribuir a la construcción de una sociedad mejor”²⁹.

En la sistemática de la CDN, junto con los derechos de supervivencia (vida, salud, no discriminación, no separación...) que comprometen políticas y acciones concretas por parte de los poderes públicos, se han abierto paso, aunque más lentamente, una serie de derechos de carácter activo y voluntario que habilitan la participación de los niños en sus propias vidas y en la transformación de su entorno. La inclusión de estos derechos,

²⁹ Rec. (2006)14 sobre *ciudadanía y participación de los jóvenes en la vida pública* (25 de octubre de 2006).

antes reservados a los adultos, en el texto de la CDN precisó un largo proceso desde 1981 a 1989 y constituye uno de los mayores logros de este instrumento. Su fundamento no es otro que la asunción de la condición personal del niño que, como sujeto de derechos, puede participar progresivamente en el proceso de adopción de las decisiones que le afecten. La urgencia de proteger necesidades vitales de los niños parece haber postergado la efectividad de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, pero la protección de los factores de la supervivencia y el fomento de la participación de los niños no son aspectos separados de un mismo proceso, sino complementarios.

El artículo 12 sobre el derecho a ser oído, anteriormente examinado, constituye uno de los pilares sobre los que se estructura la CDN que interactúa con sus restantes principios básicos. En los últimos años, ha ido expandiéndose hacia un diálogo eficaz y participativo entre los Gobiernos, sociedad civil y los propios menores y a la promoción de la participación de estos últimos, no sólo en aspectos concretos o gestos simbólicos, sino en todas las decisiones que se realizan en los niveles local, nacional, regional y global.

Obviamente, la participación se relaciona íntimamente con el contenido de otros derechos del niño, particularmente los artículos 13 (libertad de expresión), 14 (libertad de pensamiento, conciencia y religión), 15 (libertad de reunión y asociación), 16 (respeto a la vida privada) y 17 (acceso a la información) de la CDN, juntos configuran los principios del proceso de consulta y diálogo entre menores y adultos sobre el desarrollo de las políticas, programas y medidas relacionadas con las vidas de los niños y niñas.

La participación no significa el traspaso de las responsabilidades del adulto al niño, sino la habilitación de espacios en los que los niños y jóvenes puedan tomar decisiones o tener peso en el proceso de decisión de aquellos asuntos que les conciernen. En este sentido, la participación es un derecho activo y voluntario respecto del cual las obligaciones de los poderes públicos son fundamentalmente de incentivo y favorecimiento.

En consecuencia con lo anterior, los informes del Comité instan a los Estados a la promoción sistemática de la participación de los niños mediante un diálogo en todos los ámbitos en que se mueven, alentando y facilitando la creación de estructuras y organizaciones dirigidas por y para los niños y jóvenes, sin limitar la efectividad de este derecho a la existencia de recursos.

Al analizar las estrategias posibles para aplicar este derecho se invoca en primer lugar la de facilitar la debida información acerca de las opciones posibles y las consecuencias que de ellas se derivan. Pero en relación a los distintos escenarios de toma de decisiones en los que el niño puede expresar sus opiniones (familia, escuela, comunidad, tribunal...) existe la obligación implícita de garantizar la adecuada información al niño de las distintas circunstancias y opciones.

En esta línea se destaca también el derecho a participar sin discriminación alguna en razón de idioma, cultura, grupo social, enfermedad o discapacidad. Para que los niños con discapacidad puedan participar en la toma de decisiones de igual forma, será necesario facilitar materiales o tecnologías especiales y dispensar una formación específica para incluir a otros niños, a los padres, profesores y adultos. El art. 18 CDN se extiende sobre el papel que han de desempeñar las organizaciones formadas por

personas con discapacidad a la hora de determinar necesidades y prioridades, participar en la planificación, ejecución y evaluación de servicios y medidas relacionados con la vida de las personas con discapacidad, contribuir a sensibilizar al público y a preconizar los cambios apropiados.

En definitiva, el Comité ha subrayado que el art. 12 junto con los demás artículos identificados como principios generales de la CDN debe ser incorporado a las legislaciones y procedimientos nacionales que deben incluir disposiciones relativas al derecho de participación en el terreno informal de la vida familiar, las diferentes formas de cuidado alternativo de los niños separados de su familia, en la vida escolar y comunitaria, así como en todos los procedimientos administrativos y judiciales, aplaudiendo la creación de parlamentos infantiles y consejos de juventud³⁰ y alertando contra actitudes sociales tradicionales que dificultan o impiden el ejercicio de este derecho³¹.

En la doctrina del Comité la información, la educación y la formación son las principales estrategias para promover la participación.

Desde esta misma perspectiva, también el Comité de Ministros del Consejo de Europa viene reiterando la importancia de fomentar la participación de los niños y jóvenes. En su Rec(2001)19, de 6 de diciembre de 2001, sobre *la participación de los ciudadanos en la vida pública en el nivel local* señalaba ya como principio básico el reconocimiento del potencial que los niños y jóvenes representan para el desarrollo duradero de las comunidades locales y el papel que pueden jugar en él, recomendando a los Estados:

1. Desarrollar la escuela como espacio común importante para el aprendizaje democrático
2. Promover los consejos de niños y consejos de jóvenes en el nivel municipales el que constituyen, además de las oportunidades de diálogo con los más jóvenes, verdaderos medios de formación para la ciudadanía local.
3. Promover asociaciones de jóvenes y sostener en particular el desarrollo de formas y de estructuras flexibles de vida asociativa tales como los centros de juventud, valorando en este contexto la capacidad de los jóvenes para elaborar proyectos por sí solos y para aplicarlos
4. Tener en consideración la reducción de la edad para votar y ser elegido en el ámbito local y participar en los *referéndums*, consultas y en las iniciativas populares en el nivel local.

En el Anexo II de esta misma Recomendación, trata -entre las acciones y medidas a acometer- los denominados Consejos de Juventud e Infancia compuestos por niños y jóvenes, elegidos entre ellos, y co-presididos en su mayor parte por uno de ellos y por el Alcalde o Concejal de juventud o infancia. Estos consejos pueden debatir cuestiones

³⁰ Georgia CRC/C/15 Add. 124, párrafo 8

³¹ Armenia (CRC/C/15 Add. 117, párrafo 16

referidas de manera directa al grupo de edad representado y elaborar y ejecutar proyectos conforme al presupuesto aportado por la entidad local.

Pero es en la Rec(2012)2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa (28 de marzo de 2012) sobre *la participación de los niños y jóvenes menores de 18 años*³² donde se aborda el tema refiriéndolo específicamente a los menores de edad, y destacando como ideas básicas en esta materia:

- La inexistencia de límites a la libertad de expresión de niños y jóvenes, pues no hay ningún ámbito en el que su opinión no tenga cabida.
- La vigencia del principio de no discriminación por razón alguna en el ejercicio del derecho de participación de niños y jóvenes.
- La necesidad de atender a las capacidades evolutivas de niños y jóvenes y de estimularlas debidamente para fomentar la participación, especialmente cuando se trata de niños con menos oportunidades en razón de posibles causas de vulnerabilidad.
- La importancia del papel de los padres como primeros responsables de la crianza y educación, en la promoción del derecho del niño a participar desde su nacimiento.
- La necesidad de proporcionar a los niños la información precisa y la ayuda necesaria para la autodefensa de sus derechos.
- La necesidad de protección frente a cualquier perjuicio de los niños y jóvenes que ejerciten su libertad de expresión.
- La obligación de informar a los niños y jóvenes que ejercen su derecho de participación de los resultados y de los límites de su implicación.
- La sumisión de todos los procesos en los que niños y jóvenes sean escuchados a criterios de transparencia, voluntariedad y respeto, cualificación, seguridad y responsabilidad.

El Apéndice de este instrumento sugiere a los Estados miembros una serie de medidas de protección y estímulo de la participación entre las que destacan la protección constitucional y legal, evaluación periódica, habilitación de procedimientos efectivos de rectificación accesibles a niños y jóvenes, creación de instituciones de defensa de derechos humanos, sensibilización, etc. Junto con ello, también sienta una serie de directrices sobre la creación de espacios aptos para la participación.

A la luz de estos pronunciamientos internacionales, la importancia de la efectiva participación de los menores de edad se muestra en varios planos:

- Como mecanismo de aprendizaje del significado del derecho fundamental a la participación democrática (en este aspecto, también la Rec(2002)12 sobre

³² Ver ANEXO II de esta Ponencia

educación para la ciudadanía democrática). Coherentemente, los propios niños y jóvenes deben participar en el diseño y metodología de ese aprendizaje incluso cuando afecta a la cualificación específica en la materia de los profesionales encargados del cuidado de los niños: maestros, profesores, policías,....

- Como método de toma de decisiones, a través del que las personas pueden asumir un mayor control de sus propias vidas y un compromiso más activo con su entorno.
- Como génesis de entornos favorables a los niños y jóvenes. La Rec (2006)14 sobre *ciudadanía y participación de los jóvenes en la vida pública* sugiere precisamente la mejora de las condiciones de vida de los jóvenes que se enfrentan a la precariedad, y la atención especial a los colectivos más vulnerables, junto con la identificación de otros obstáculos a la participación, como preámbulo a la efectividad de su ejercicio.
- Como una nueva dimensión de la socialización, a través de las aportaciones que los niños pueden hacer a la sociedad, que, en algunos aspectos puede llegar a invertir el proceso tradicional de aprendizaje ante las ventajas que comporta la mayor libertad de los jóvenes frente a los adultos y su mayor apertura al cambio y las nuevas ideas, particularmente en ámbitos como la igualdad, la oposición a la violencia, el medio ambiente y sobre todo culturales (nuevas tendencias artísticas y nuevos medios de información). Por ello es importante alentar a los niños a expresarse y participar a través de las nuevas tecnologías de la comunicación en las que se mueven con mayor destreza que los adultos y donde pueden realizar aportaciones más interesante y creativas.

No es casualidad, en nuestro país, que el esquema de la LOPJM participe de estas ideas. Así, claramente se observa que los derechos concretos que se matizan en su texto sean precisamente los del derecho al honor, intimidad y propia imagen (artículo 4), 5 (derecho a la información), 6 (libertad ideológica), 7 (participación, asociación y reunión), 8 (libertad de expresión) y 9 (derecho a ser oído).

En este sentido, el artículo 7.1 LOPJM expresa:

Los menores tienen derecho a participar plenamente en la vida social, cultural, artística y recreativa de su entorno, así como a una incorporación progresiva a la ciudadanía activa.

Los poderes públicos promoverán la constitución de órganos de participación de los menores y de las organizaciones sociales de infancia.

Como se apuntó al inicio, la Exposición de Motivos de esta ley aclara el sentido del precepto al sentar su concepción de las personas menores de edad, como “sujetos activos, participativos y creativos”, con capacidad de “participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás”.

El derecho de participación se vincula directamente con los de asociación y reunión, al tiempo que observa la necesidad de “matizar” algunos de los tradicionales derechos civiles y políticos “combinando, por una parte, la posibilidad de su ejercicio con la necesaria protección que, por razón de la edad, los menores merecen.”

IV.5 La defensa de estos derechos por parte del Ministerio Fiscal.

Naturalmente, desde un punto de vista de defensa institucional, la defensa y garantía de estos derechos compete tanto a las Administraciones Públicas como a concretos organismos como la Entidad Pública en materia de protección, el Defensor del Pueblo (uno de cuyos adjuntos se hace cargo de modo permanente de los asuntos relacionados con los menores) y, naturalmente, al Fiscal.

Aunque en algunos de los Estados miembros del Consejo de Europa el Ministerio Público carece de atribuciones fuera del marco del proceso penal, en la mayoría, asumen competencias en distintos ámbitos, entre los que se incluye la protección de los grupos vulnerables como los menores.

En términos generales, la actividad del Ministerio Fiscal en este ámbito es muy apreciada, al igual que la de los Tribunales y del Defensor del Pueblo. Sin embargo, no existen normas internacionales uniformes sino que dependen de la tradición jurídica y cultural de cada país. En los últimos tiempos, sin embargo, se han sucedido algunos pronunciamientos que instan a la participación activa del Fiscal en estos ámbitos. En este sentido, podemos citar la Carta Europea de los Derechos del Niño³³ y la ya comentada Rec(2012)11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre *el papel del Ministerio Fiscal fuera del sistema de Justicia Penal*, que reduce las funciones del Fiscal ajenas a la Justicia Penal a “la representación y defensa del interés público y general, la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales y la defensa del principio de legalidad”.

Entre los principios básicos que esta recomendación recoge se encuentran los de que sus responsabilidades y poderes estén establecidas por precepto legal y claramente definidas con objeto de evitar ambigüedades, respeto de los principios de legalidad, objetividad, transparencia (respetando el deber de confidencialidad) e imparcialidad, junto con las generales concernientes a la naturaleza de su institución y medios humanos y personales adecuados.

En nuestro país, las atribuciones del Fiscal en materia de protección jurídica de menores se extienden más allá de la supervisión de la actuación administrativa de protección, a la defensa (incluso ante los Tribunales) de los derechos fundamentales de los menores frente a cualquier vulneración, en el entendido de que la prevalencia de esos derechos y del interés superior del menor en cualquier tipo de conflicto, integra ya el interés público tutelado por la ley cuya defensa le encomienda el art. 124 CE y el artículo 3 de

³³ Carta Europea de los Derechos del Niño (DOCE nº C 241, de 21 de Septiembre de 1992). “15. Toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses. A tales efectos, y siempre que ello no implique riesgo o perjuicio alguno para el niño, éste deberá ser oído desde el momento en que su madurez y edad lo permitan en todas las decisiones que le afecten. Con objeto de ayudar a tomar una decisión a las personas competentes, el niño deberá ser oído, especialmente en todos aquellos procedimientos y decisiones que impliquen la modificación del ejercicio de la patria potestad, la determinación de la guardia y custodia, la designación de su tutor legal, su entrega en adopción o su eventual colocación en una institución familiar, educativa o con fines de reinserción social. A este respecto, *en la totalidad de los procedimientos deberá ser parte obligatoriamente el ministerio fiscal o su equivalente*, cuya función primordial será la salvaguardia de los derechos e intereses del niño”.

su Estatuto Orgánico. El apartado 6) del epígrafe III.4 de la Instrucción FGE sobre *el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores de las Fiscalías*, atribuye a éstas entre otras funciones la de promover acciones en defensa de los derechos fundamentales de los menores, en especial ante lesiones a la intimidad y propia imagen de menores.

Vemos, pues, que esta función se inserta dentro de una atribución general de la defensa de los derechos y libertades fundamentales, por lo que las menciones que realiza la LOJPM al Fiscal no la limitan en su alcance sino, más bien al contrario, vienen a definir su función en esos concretos cometidos. Así, junto a las referencias contenidas en el artículo 9 (derecho a ser oído) ya analizadas y las del artículo 4 (honor, intimidad y propia imagen) que serán objeto de análisis en epígrafe posterior, son dos las menciones específicas al Ministerio Fiscal que se contienen en los artículos analizados, en concreto, en el art. 5.5 (derecho a la información) y en el art. 7 (derecho de participación, asociación y reunión).

En lo que concierne a la primera, el apartado 5 del artículo 5 dispone que “sin perjuicio de otros sujetos legitimados, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal y a las Administraciones públicas competentes en materia de protección de menores el ejercicio de las acciones de cese y rectificación de publicidad ilícita”.

El artículo 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, *General de Publicidad* recoge el apartado b) exclusivamente referido a menores que expresa que es *ilícita*:

La publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores. No se podrá, sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas. No se deberá inducir a error sobre las características de los productos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí o a terceros.

El artículo 6.1 remite al Capítulo IV de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal en lo que concierne a las acciones frente a la publicidad ilícita. El artículo 32.1.2^a señala que, contra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita, podrán ejercitarse –entre otras- la acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura y, asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica. Su artículo 33.4 expresa que “el Ministerio Fiscal podrá ejercitar la acción de cesación en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios”. En principio, la acción es imprescriptible (artículos 35.2 de la ley, en relación con los artículos 56 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

En lo concerniente al procedimiento, en lo que afecta a las acciones de rectificación y cese de publicidad ilícita del artículo 5.5. de la L.O. 1/1996, en principio, el artículo 249.1.4^o establece que las demandas en materia de publicidad, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad (en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que les corresponda en función de la cuantía que se reclame) corresponden al ordinario.

Sin embargo, en los casos en que se trate del ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios en materia de publicidad, deberá estarse al procedimiento verbal común (artículo 250.1, regla 12º LEC 1/2000). En este último caso, la competencia corresponde al Tribunal del lugar donde el demandado tenga un establecimiento y, a falta de éste, el de su domicilio; si careciere de domicilio en territorio español, el del lugar del domicilio del actor (artículo 52.1, regla 16ª).

IV. 6 Derechos de reunión y asociación

Medio específico para la participación es el ejercicio de los derechos de reunión y asociación.

Respecto a los derechos de reunión y asociación, el art. 7.2 LOPJM expresa:

“2. Los menores tienen el derecho de asociación que, en especial, comprende:

a) El derecho a formar parte de asociaciones y organizaciones juveniles de los partidos políticos y sindicatos, de acuerdo con la ley y los Estatutos.

b) El derecho a promover asociaciones infantiles y juveniles e inscribirlas de conformidad con la Ley. Los menores podrán formar parte de los órganos directivos de estas asociaciones.

(...)

Para que las asociaciones infantiles y juveniles puedan obligarse civilmente, deberán haber nombrado, de acuerdo con sus Estatutos, un representante legal con plena capacidad.

3. Los menores tienen derecho a participar en reuniones públicas y manifestaciones pacíficas, convocadas en los términos establecidos por la Ley.

En iguales términos, tienen también derecho a promoverlas y convocarlas con el consentimiento expreso de sus padres, tutores o guardadores.

La normativa autonómica prevé semejantes disposiciones. A título de ejemplo, el art. 23 de la Ley de Garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia de la Comunidad de Madrid 6/1995, de 28 de marzo, actualizada el 2 de julio de 2012, dispone que

Las Administraciones de la comunidad propiciarán:

a) El derecho a la participación social de los menores, arbitrándose fórmulas y servicios específicos.

b) La participación plena de los menores en los núcleos de convivencia más inmediatos de acuerdo a su desarrollo personal, que se manifestará,

en todo caso, en el respeto a sus derechos y la exigencia de sus responsabilidades.

c) El asociacionismo infantil y juvenil y las fórmulas de autoorganización que posibiliten un aprendizaje de los modos y prácticas democráticas y tolerantes de convivencia.

En parecido sentido se manifiestan la Ley 12/2001 de 2 de julio (Aragón), 14/2010 de 27 de mayo (Cataluña)...

Una forma inicial de participación tiene su ámbito en la familia donde el derecho de los niños a ser escuchados es correlativo al deber de los padres de escucharles y tomar en consideración su opinión en los asuntos que les conciernen. También, en la escuela a través de los llamados Consejos Escolares y Estudiantiles.

En el ámbito local destacan las Comisiones de Participación que se constituyen de forma permanente en los Consejos de Atención a la Infancia y Adolescencia de los distritos municipales, donde los niños (ordinariamente por tramos de edad, como 6 a 12 años, 13 a 18 años) pueden reunirse para tratar de los problemas de su entorno e informar de sus necesidades a los Consejos Locales.

La puesta en práctica de estas iniciativas de la Administración requiere la disponibilidad de niños y adolescentes, la colaboración de sus padres, profesores y entidades ciudadanas, junto con el compromiso de la Administración³⁴.

En lo que concierne a las menciones relativas al Ministerio Fiscal, sólo se encuentra una mención referida al derecho de asociación en el último párrafo del artículo 7.2:

Cuando la pertenencia de un menor o de sus padres a una asociación impida o perjudique al desarrollo integral del menor, cualquier interesado, persona física o jurídica, podrá dirigirse al Ministerio Fiscal para que promueva las medidas jurídicas de protección que estime necesarias.

En consonancia con ello, la Instrucción FGE 3/2008 sobre *el Fiscal Coordinador de Menores y las Secciones de Menores*, señala el ejercicio de las acciones pertinentes en estos supuestos como una de las competencias de las Secciones de menores en el área de protección.

La Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación expresa, en su artículo 3, que “podrán constituir asociaciones, y formar parte de las mismas, las personas físicas y las personas jurídicas, sean éstas públicas o privadas, con arreglo a los siguientes principios: (...) b) Los menores no emancipados de más de catorce años con el consentimiento, documentalmente acreditado, de las personas que deban suplir su capacidad, sin perjuicio del régimen previsto para las asociaciones infantiles, juveniles o de alumnos en el art. 7.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”.

³⁴ Reglamento de los Consejos Locales de Atención a la Infancia y Adolescencia de la Comunidad de Madrid (Decreto 179/2003 de 24 de julio, Capítulo II, art. 7 y Capítulo IV; disponible en Internet: <http://www.madrid.org>) y Reglamento de Participación Ciudadana de 23 de junio de 2004.

En el artículo 30, referido a la inscripción en el Registro, se expresa, en su apartado 4, que

Cuando se encuentren indicios racionales de ilicitud penal en la constitución de la entidad asociativa, por el órgano competente se dictará resolución motivada, dándose traslado de toda la documentación al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente, y comunicando esta circunstancia a la entidad interesada, quedando suspendido el procedimiento administrativo hasta tanto recaiga resolución judicial firme.

Las actuaciones concretas dependen de cada caso y pueden abarcar medidas de protección de menores propiamente dichas u otras dirigidas hacia la disolución de la sociedad.

En este sentido, el artículo 37 expresa que “el derecho de asociación regulado en esta Ley Orgánica será tutelado por los procedimientos especiales para la protección de los derechos fundamentales de la persona, correspondientes en cada orden jurisdiccional, y, en su caso, por el procedimiento de amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional en los términos establecidos en su Ley Orgánica” y, en lo concerniente a la posibilidad de suspensión y disolución, el artículo 38 refiere que “salvo los supuestos de disolución por voluntad de los asociados, las asociaciones sólo podrán ser suspendidas en sus actividades, o disueltas, por resolución motivada de la autoridad judicial competente”, indicando que la disolución sólo podrá declararse en los siguientes casos: a) cuando tengan la condición de asociación ilícita, de acuerdo con las leyes penales; b) por las causas previstas en leyes especiales o en esta ley, o cuando se declare nula o disuelta por aplicación de la legislación civil”. En tales procesos, el órgano judicial competente, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar la suspensión provisional de la asociación hasta que se dicte sentencia”. Los Jueces y Tribunales deben ordenar la inclusión de tales resoluciones en los correspondientes Registros de Asociaciones.

V.- DERECHO A LA SALUD

La salud individual es objeto de derecho fundamental que se integra en el derecho a la vida e integridad física reconocido en el art. 15 CE. La CDN (art. 24) lo consagra como derecho del niño al nivel más alto posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud.

Al margen de las obligaciones de prevención y garantía que el art. 24 CDN impone a los Estados y en relación con el libre desarrollo de la personalidad, han surgido en este ámbito algunas cuestiones importantes:

V.1. El consentimiento informado de menores de edad

La generalización de la exigencia de que cualquier tratamiento o intervención médica cuente con una información previa y comprensible de su naturaleza, sus riesgos y sus beneficios y la atribución de la capacidad de decisión última sobre su realización al

enfermo, constituye una manifestación del principio de autonomía. Su efectividad en este ámbito comporta una facultad negativa, que implica la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas, y, asimismo, una facultad de oposición a la asistencia médica, en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida (STC nº 154/2002, de 18 de julio).

Por esa razón, el Tribunal Constitucional afirma que el derecho a la integridad física y moral se compromete cuando se impone a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, a no ser que ello se haga al amparo de una justificación constitucional (SSTC nº 120/1990, de 27 de junio, 137/1990, de 19 de julio, y 37/2001 de 28 de abril).

Por su parte, el TS en SSTS nºs SSTS nº 3/2001 de 12 de enero y 447/2001 de 11 de mayo, ambas de la Sala Primera, ha manifestado que: El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo”.

El Convenio suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997, relativo a *los Derechos Humanos y a la Biomedicina* (ratificado por España en 1999 y en vigor desde el 1 de enero de 2000) proclama la regla general sobre el consentimiento informado en el art. 5, pero a continuación establece ciertas excepciones en razón de la protección de los menores de edad y de quienes carecen de capacidad para expresarlo.

El art. 6, apartado segundo, señala:

Quando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley. La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez.

El apartado cuarto del mismo precepto añade que

“el representante, la persona, autoridad o institución indicados en los apartados 2 y 3 recibirán en iguales condiciones la información a que se refiere el art. 5”.

Finalmente el apartado quinto dispone que

“la autorización indicada en los apartados 2 y 3 podrá ser retirada, en cualquier momento, en interés de la persona afectada”.

El informe explicativo de este instrumento internacional subraya la exigencia de que la intervención del menor tenga mayor peso en función de su edad y capacidad de comprensión y destaca la necesidad de que existan procedimientos adecuados para *los casos en que las decisiones sean contrarias al interés del paciente*.

Además de este artículo, es de citar, por su amplia repercusión en el ámbito doctrinal, la sentencia dictada en 1985 por la Cámara de los Lores británica en el caso *Gillick vs. el departamento de salud de West Norfolk y Wisbech*³⁵.

La Sra. Gillick invocó contra las autoridades sanitarias que establecieron la posibilidad de asesoramiento y tratamiento médico anticonceptivo a menores de edad, sin conocimiento ni autorización de sus padres. La Sra. *Sexual offenses Act* de 1956 y las responsabilidades y atribuciones inherentes a la patria potestad contra las autoridades sanitarias que avalaron la posibilidad de dispensar asesoramiento y tratamiento anticonceptivo a dos de sus 10 hijos, sin consentimiento paterno. El tesón de la Sra. Gillick llevó el asunto a la Cámara de los Lores donde se decidió por 3 votos contra dos la capacidad de las adolescentes menores de 16 años, para recibir, contra el criterio de los padres, dicho tratamiento, en función de su capacidad para comprender el alcance y finalidad del mismo. La sentencia centró sus razonamientos (a cargo de los Srs Scarman y Fraser) en la idea de “competencia” (madurez) del adolescente y en la naturaleza de los derechos, deberes y responsabilidades inherentes a la patria potestad y relativos al cuidado de los hijos, concluyendo que tales deberes están reconocidos en tanto en cuanto sean necesarios para la protección del hijo por lo que ceden ante el derecho de éste de realizar sus propias decisiones cuando alcanza, antes de la mayoría de edad, un entendimiento suficiente para ello..

Con todo, la licitud del asesoramiento y tratamiento anticonceptivos a menores de 16 años se hace depender de una serie de presupuestos, conocidos como *Directrices Fraser*, por deberse su exposición y exigencia al Lord, S.Fraser:

- 1.- El adolescente ha de ser capaz de entender el asesoramiento y el tratamiento
- 2.- No es lícito persuadir al adolescente para comunicar el hecho a sus padres.
- 3.- Debe concurrir la posibilidad de que el adolescente inicie o continúe las relaciones sexuales sin el tratamiento.
- 4.- Deben también concurrir de riesgos para la salud física o psíquica en caso de iniciarse o mantenerse las relaciones sexuales sin tratamiento anticonceptivo.
- 5.- El interés superior del menor demanda la posibilidad del adolescente de recibir asesoramiento y tratamiento médico anticonceptivos, sin o contra la opinión de los padres.

Aunque estas pautas (Fraser) se refirieron exclusivamente a los tratamiento anticonceptivos, su validez se ha generalizado a otro tipo de tratamientos e incluso, al aborto.

En el ámbito sanitario en general, la competencia funcional de los menores de edad ha tomado carta de naturaleza desde la difusión del caso *Gillick*, hasta el punto de que en la doctrina la madurez o competencia intelectual y emocional para comprender el alcance de una intervención, se ha desligado del concepto más amplio de capacidad y se designa frecuentemente como “Gillick competence”.

³⁵ (3 All ER 402 HL). Se trata de un precedente vinculante en Inglaterra y Gales y ha sido adoptado como tal en Canadá, Australia y Nueva Zelanda., teniendo una enorme repercusión como referencia doctrinal en el ámbito comparado.

Sin embargo, en la formulación que hizo el Sr. Scarman de la decisión, la Cámara de los Lores británica contiene ciertos matices al afirmar que la autoridad de los padres para tomar decisiones por los hijos disminuye o desaparece con el grado de madurez del hijo, *salvo en situaciones que estén reguladas de otro modo en la ley*. Aunque no quedó entonces especificado, se ha considerado en decisiones subsiguientes la eventualidad de que, entre tales situaciones se encuentre la de imponer pese al rechazo del adolescente o sus padres, determinados tratamientos necesarios para la vida o salud y que tales situaciones deban ser reguladas de forma diferente.

Un aspecto concreto de este ámbito es la protección de la privacidad en materia de confidencialidad del asesoramiento médico o jurídico. La confidencialidad del asesoramiento médico o jurídico o de un tratamiento médico en materia de contracepción o aborto tiene conexiones con el tratamiento de la privacidad o intimidad del menor maduro que debe ser respetado por todos los profesionales de la salud quienes carecen de autorización para divulgar, ni siquiera a los padres, los datos relativos al paciente a quien se ha considerado “maduro” para consentir por sí el tratamiento.

La CDN no establece edades por debajo de las que el menor no pueda ejercer estos derechos, pero el art. 5 atribuye a los padres la facultad de dirigir y orientar al niño “en consonancia con la evolución de sus facultades.

El Comité de Derechos del Niño ha manifestado inquietud por el posible compromiso del derecho a recibir asesoramiento y tratamiento médicos sin el consentimiento de los padres (arts. 12 y 16 CDN), por ejemplo, respecto de pruebas para la detección del VIH/SIDA, cuando la factura de dichas pruebas o asesoramiento se envía a los padres, violando el carácter confidencial de la relación entre el doctor y el niño/adolescente³⁶. En España la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de *la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica* (LAP), aborda la cuestión en términos poco claros, partiendo del supuesto de los niños sin capacidad cuyo consentimiento debe ser sustituido para determinar luego cuándo no cabe la representación.

El apartado c) del art. 9.3 dice textualmente:

Se otorgará el consentimiento por representación:

- cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos.
- Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

³⁶ Países Bajos CRC/15/Add.114, párrafo 19

Desde la perspectiva del tratamiento legal las situaciones previstas en el precepto (incapacidad por circunstancias o enfermedades ajenas a la edad, incapacidad cognitiva propia de la edad, madurez o capacidad suficiente pese a la menor edad, emancipación y mayoría de 16 años) pueden encuadrarse en dos:

A.- Los menores sin capacidad intelectual ni emocional para comprender el alcance de la intervención o “menores no maduros”. El tenor literal del texto no presupone necesariamente la ausencia de madurez por debajo de los 16 años ni fija otro umbral mínimo de capacidad. Ello obliga a evaluar en cada caso la madurez del menor de 16 años. Sin embargo, las dificultades naturales de los niños de corta edad se reconocen implícitamente cuando el propio precepto impone la obligación de oír la opinión del menor en la toma de decisión, sólo si cuenta 12 años.

Por tanto, la evaluación de la “capacidad de decisión” del menor se deja a “criterio del médico responsable de la asistencia”, que habrá de examinarla en cada caso y apreciarla con criterio prudencial.

En el contexto del art. 12 de la CDN, la madurez, más allá del derecho a la libre expresión de las opiniones, es el “estar en condiciones de formarse un juicio propio” lo que parece implicar cierta razonabilidad y autonomía de la opinión.

El Comité de Derechos del Niño, en su Observación General nº 12 (2009) sobre *el derecho del niño a ser escuchado* (CRC/C/CG/12, 20 de julio de 2009), señala que el término "madurez" hace referencia a la aptitud para comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño.

Con este marco incierto y en el ámbito sanitario, el artículo 9, atribuye expresamente la evaluación de la “capacidad de decisión” del menor al “criterio del médico responsable de la asistencia” (art. 9.3.a) de la Ley 41/2000. Los tribunales evitan definir estrictamente el concepto y contenido de la madurez, por lo que, a falta de mayor precisión legal, los médicos deben decidir en cada caso, consultando con compañeros si pudiera ser útil y siempre tras un examen individualizado.

Sin embargo, pueden darse algunas pautas para esta decisión:

- La primera es que la capacidad del menor debe ser evaluada siempre a efectos de informarle debidamente de la situación, las opciones y sus consecuencias, así como de tomar en cuenta su opinión... La evaluación deberá verificar si hay, la mínima racionalidad y congruencia de ideas, expectativas y deseos.
- La segunda es que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Por ese motivo, se impone siempre una evaluación individualizada caso por caso de las opiniones y deseos expresados, y por ende, del grado de madurez de cada menor.
- La tercera es que debe atenderse a los efectos de la cuestión a decidir en la vida del menor. Cuanto más trascendentes o irreversibles sean las consecuencias de la decisión, más importante será la correcta evaluación de la madurez y más rigurosa la apreciación de los presupuestos de la misma.

- Por último, hay que recordar que la Convención de Derechos del Niño reconoce los derechos y las responsabilidades de los padres o representantes legales de los niños de impartirles dirección y orientación apropiadas pero subraya también que tal reconocimiento tiene por objeto permitir que los niños ejerzan sus derechos con autonomía creciente en función de su edad.
- En principio, en los casos de duda fundada sobre la madurez del menor para consentir una intervención de carácter vital o de grave riesgo para la salud, dada la importancia del valor vida y el carácter de las consecuencias de la decisión (definitivas e irreparables), se entenderá que el menor no tiene capacidad de decisión. La trascendencia del acto justifica la elevación del umbral. Pero no es éste el criterio de la Circular 2/2012 .

La Circular 2/2012 FGE sobre *Tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en casos de “riesgo grave”* asume alguno de estos criterios de determinación de la madurez del menor.

El mismo tratamiento del menor no maduro tendrán los menores incapaces por cualquier enfermedad o situación y los incapacitados, cuando tales circunstancias les impidan comprender el alcance la intervención.

En ambos casos, los padres o representantes legales sustituirán el consentimiento del menor, con la obligación de oírle siempre que tenga más de 12 años.

Este consentimiento por sustitución se prestará siempre “a favor del paciente” (art. 9.5 LAP) y constituye una obligación de los representantes en tanto que garantes de la vida y la salud del menor representado (art. 154 CC).

B.- Los menores con capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de la intervención o “menores maduros”. En esta situación se encuentran siempre los menores de 16 y 17 años que no sean incapaces o estén incapacitados, los emancipados y los menores de menos de 16 años cuando tengan suficiente madurez. En estos casos, como regla general, el propio menor presta el consentimiento. El texto legal es tajante respecto de los menores emancipados y mayores de 16 años: *no cabe prestar el consentimiento por representación.*

La ambigüedad legal deriva de la previsión, introducida en proposición adversativa, de un proceso de decisión diferente cuando se trata de intervenciones “de grave riesgo”.

V. 2 Intervenciones médicas en situación de “riesgo grave”

Cuando de la intervención médica o de su omisión se genere un “riesgo grave” para la vida o la salud del paciente menor de edad deben considerarse matizadas las soluciones legales expuestas, porque incluso tratándose de menores maduros o mayores de 16 años, el art. 9.3 a) dispone que “los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”.

Esta elíptica redacción sugiere que la decisión no corresponde ya al menor sino al médico que aprecia el “grave riesgo” y tiene la obligación de informar a los padres y a tener en cuenta su opinión.

En casos extremos de riesgo vital es posible que surjan conflictos de intereses cuando la opinión del menor y/o la de sus padres o representantes legales no es coincidente (por razones religiosas en el caso de los Testigos de Jehová o de cualquier otro tipo) con la indicación médica para superar el riesgo grave.

La Ley 41/2002 no aporta criterios de solución para estos conflictos, pero sí existen algunas previsiones fragmentarias en la normativa autonómica:

- a Ley 6/1995, de 28 de marzo, *de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid* en su art. 11.1 d), establece que “cuando pudiera ser necesario someter a un menor a pruebas para detección o tratamiento de enfermedades, éstas no podrán ser realizadas sin previo consentimiento de sus padres o personas de quien dependan, salvo prescripción facultativa debidamente justificada y así apreciada por la autoridad judicial. En todo caso, primará el derecho a la vida del menor”.
- La Ley 12/2001, de 2 de julio, *de la Infancia y la Adolescencia en Aragón*, en su art. 32 dispone que “cuando fuera necesario someter a un menor a pruebas médicas o diagnósticas que requieran consentimiento expreso para su realización, éste se recabará de sus padres o de las personas que les sustituyan en el ejercicio de las funciones de la patria potestad o autoridad familiar. Si el menor tuviera más de doce años, será preciso también su consentimiento. En todo caso primará el derecho a la vida del menor y, en caso de negativa de las personas antes mencionadas a que se realicen las pruebas o tratamiento, deberá resolver la autoridad judicial de acuerdo con las circunstancias”.
- La Ley gallega 3/2001, de 28 de mayo (modificada por Ley 3/2005, de 7 de mayo), *de normas reguladoras del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes*, dispone en su art. 6.1. d) que “en caso de que la decisión del representante legal del menor sea contraria a los intereses del menor o incapacitado, habrán de ponerse los hechos en conocimiento de la autoridad competente en virtud de lo dispuesto por la legislación civil”.
- La Ley 1/2003, de 28 de enero, *de la Generalitat, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana* señala en el art. 9 apartado 3 que “cuando la decisión del representante legal pueda presumirse contraria a los intereses del menor, deberán ponerse los hechos en conocimiento de la autoridad competente en virtud de lo dispuesto en la legislación civil”.
- El art. 51.3 de la Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, *de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra* dispone que *en el caso de que la decisión del representante legal pueda presumirse contraria a la salud del menor o incapacitado, el profesional responsable deberá poner los hechos en conocimiento de la autoridad competente en virtud de lo dispuesto en la legislación civil.*
- El art 10 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, *de los Derechos y la Atención al Menor de Andalucía* dispone en el apartado tercero, párrafo tercero que *para la realización de cualquier intervención que suponga un riesgo para la vida del niño, se recabará el previo consentimiento de los padres o tutores en los términos establecidos en la legislación vigente. En el caso de negativa de los padres o tutores, primará el*

interés del niño. Este mismo precepto en su apartado sexto establece que *los titulares de los servicios de salud y el personal sanitario de los mismos están especialmente obligados a poner en conocimiento de los organismos competentes de la Administración de la Junta de Andalucía en materia de protección de menores, de la Autoridad Judicial o del Ministerio Fiscal aquellos hechos que puedan suponer la existencia de situaciones de desprotección o situaciones de riesgo para los menores, así como a colaborar con los mismos para evitar y resolver tales situaciones en interés del menor.* El apartado 9 del art 10 de esta norma dispone que *los menores tendrán derecho a recibir los cuidados que necesiten en el máximo respeto a las creencias éticas, religiosas y culturales del menor y sus progenitores, siempre y cuando estas no pongan en peligro la vida del menor o la salud pública, en cuyo caso se atenderán a lo dispuesto por la autoridad y la legislación vigente.*

- El art. 15.3, apartado segundo de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de La Rioja, de Protección de Menores, requiere que el consentimiento informado sea prestado por los mayores de dieciséis años e incluso por los menores de esta edad “cuando gocen de la madurez emocional suficiente”.

Sin duda por las dificultades que presenta la solución de conflictos en que convergen intereses, derechos, sentimientos y emociones, junto con la vida y salud de menores de edad, esta normativa, al igual que el art. 9.3 de la Ley 41/2002 carece de la necesaria precisión. Pero el telón de fondo que se demanda o sugiere es el de la judicialización del conflicto, cuando éste se hace irresoluble.

El rechazo de los Testigos de Jehová a la transfusión de sangre

La negativa de los miembros de esta confesión³⁷ a la transfusión de sangre, fundada en una interpretación literal de pasajes bíblicos en los que la prohibición del consumo de sangre es un severo presupuesto moral que se extiende a la vía intravenosa y afecta al uso de derivados sanguíneos y sangre que haya sido separada del cuerpo durante un período de tiempo.

La mayoría de centros hospitalarios disponen de formularios específicos de consentimiento informado para pacientes que rechazan la administración de sangre y hemoderivados y que, como en cualquier otra intervención médica comprometida ilustran sobre la disponibilidad de alternativas a la transfusión de sangre.

El Documento “Sevilla” de consenso sobre alternativas a la transfusión de sangre alogénica (Med. Clin (Barc) 2006), clasifica el grado de recomendación o indicación médica de las alternativas desde “A” (que contaría con estudios controlados) hasta “E” (con estudios no controlados) y termina con la conclusión general de que la mayor parte de las alternativas a la transfusión de sangre alogénica se sustentan en grados de recomendación medios o bajos y que se precisan nuevos estudios controlados³⁸.

³⁷ La doctrina de los Testigos de Jehová es una confesión religiosa, con personalidad jurídica reconocida en el ordenamiento jurídico español desde su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia (nº 204-SG/A, 10 de julio de 1970).

³⁸ Con carácter general las alternativas disponibles consisten en la aplicación de sueros sin contenido celular hemático. Su finalidad es básicamente preventiva o se dirige a mejorar el estado general del paciente con carácter previo a una intervención quirúrgica, pero no permiten el reestablecimiento del

Por ello, el rechazo de la transfusión de sangre puede plantear un conflicto de intereses entre el ejercicio de la libertad religiosa y de conciencia del paciente y su vida y salud, ya que tal indicación médica se funda en la necesidad de reposición del contenido y función celular de la sangre que falta o se ha perdido.

Han sido tres los pronunciamientos del Tribunal Constitucional relacionados con los conflictos a que puede dar lugar la negativa del paciente, testigo de Jehová, a recibir una transfusión de sangre. Aunque los dos primeros no se referían a pacientes menores de edad, ilustran el criterio de nuestro intérprete constitucional.

El ATC nº 369/1984 de 20 de julio analizó y descartó la eventual responsabilidad penal del juez que autorizó la transfusión de sangre a una mujer de esta religión, ya gravemente enferma, que rechazaba la intervención en razón de sus creencias, que había demandado tratamiento alternativo y que finalmente, falleció 4 días después de recibir – contra su persistente rechazo - la transfusión ordenada judicialmente. Se señala expresamente que la intervención judicial estuvo amparada por los arts. 3 y 5 de la Ley Orgánica 7/1980 de 5 de julio, *de libertad religiosa*, ya que este derecho, garantizado en el art. 16 de la CE, tiene como límite la salud de las personas.

Posteriormente, la STC nº 166/1996, de 28 de octubre examinó la exigencia de reintegro de los gastos de una clínica particular realizados por uno de los miembros de esta confesión ante la negativa de los médicos de la Seguridad Social a practicar la intervención quirúrgica sin transfusión de sangre. Consideró que la realización de una intervención quirúrgica prescindiendo de un remedio cuya utilización pertenece a la "lex artis" del ejercicio de la profesión médica, sólo puede decidirse por quienes la ejercen y de acuerdo con las exigencias técnicas del caso, y que las causas ajenas a la medicina, por respetables que sean -como lo eran en este caso-, no pueden interferir o condicionar las exigencias técnicas de la actuación médica.

Más interesante resulta la STC nº 154/2002 de 18 de julio, relativa a un chico de 13 años al que, a raíz de un accidente de bicicleta, se detectó un síndrome de paracetopenia con gravísimo riesgo hemorrágico en razón de aplasia medular o infiltración leucémica hasta entonces ignoradas y que no pudieron diagnosticarse con precisión. Los padres y el propio niño, testigos de Jehová, se opusieron firmemente a la transfusión de sangre, ante lo que el centro hospitalario, solicitó y obtuvo una autorización judicial, para el caso de riesgo vital. La intervención no pudo realizarse porque el terror con el que el paciente la rechazaba entrañaba también severos riesgos de hemorragia cerebral. En los días sucesivos y tras una peregrinación por centros hospitalarios en busca de soluciones alternativas, el estado del paciente, ya en su domicilio, se hizo tan crítico que, merced a nuevas intervenciones judiciales, acatadas por los padres, se propició la intervención médica y la trasfusión, que no pudo ya contrarrestar los signos clínicos de descerebración por hemorragia cerebral ni impedir el fallecimiento.

Frente a la absolución de los padres en la instancia, la STS de 27 de junio de 1997 los condenó por homicidio en comisión por omisión, con atenuante muy cualificada de

contenido y función celular de la sangre, ni son por ende, tratamiento alternativo real y eficaz para garantizar la vida y la salud en casos de hemorragia severa, sea accidental o de cualquier otra índole.

arrebató y obcecación en función de sus creencias religiosas. El TC sin embargo declaró que tal condena entraña vulneración del derecho a la libertad religiosa.

Algún autor como Domínguez Luelmo³⁹ considera acertada la exoneración de responsabilidad penal de los padres, pero rechaza que la misma pueda fundarse en su derecho a la libertad religiosa, pues la piedra angular se encuentra en la competencia demostrada por el menor pese a contar sólo con 13 años.

En relación con este tema que, la STC n° 154/2002 consideró que, aun cuando no hubiera certeza sobre la madurez del menor para decidir sobre una cuestión de trascendencia vital, con su oposición a la intervención médica ejercitó los derechos a la libertad religiosa y a la integridad física de los que era titular.⁴⁰

Pero señaló también que “..... el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos jurídicos, como los que acaban de ser mencionados, no es de suyo suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto —como el ahora contemplado— que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable”.... Y que “...en todo caso, es prevalente el interés del menor, tutelado por los padres y, en su caso, por los órganos judiciales”, ya que la vida, "en su dimensión objetiva, es 'un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional' y 'supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible'.

Por lo que hace a la actuación judicial en este caso, la misma sentencia sigue declarando que “es inconcuso, a este respecto, que la resolución judicial autorizando la práctica de la transfusión en aras de la preservación de la vida del menor (una vez que los padres se negaran a autorizarla, invocando sus creencias religiosas) no es susceptible de reparo alguno desde la perspectiva constitucional, conforme a la cual es la vida "un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional... Además, es oportuno señalar que... el derecho fundamental a la vida tiene "un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte". En definitiva, la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro texto constitucional, de modo que no puede convenirse en que el menor goce sin matices de tamaña facultad de autodisposición sobre su propio ser.”

También el TEDH se ha pronunciado, siquiera marginalmente, sobre esta cuestión en el caso *Hoffmann vs Austria*— STEDH de 23 de junio de 1993 - Apreció trato discriminatorio por parte del Tribunal Supremo austríaco en la denegación del ejercicio de la patria potestad sobre los hijos a la Sra. Hoffmann con base en su condición de Testigo de Jehová y en su eventual negativa a que los hijos recibiesen una transfusión de sangre en caso de precisarla. El TEDH acude a preceptos del Código Civil austríaco para estimar que “la decisión judicial (...) puede suplir el consentimiento de los padres para hacer tal transfusión, médicamente necesaria” y que merced a tal posibilidad de

³⁹ DOMÍNGUEZ LUELMO A. *Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación en Derecho sanitario y Responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002* Lex Nova 2ª edición 2007 pag 345 y ss

⁴⁰ SÁNCHEZ GONZÁLEZ M.P. en *Implicaciones jurídicas del rechazo de un tratamiento médico vital para un menor (en torno a la Sentencia del TC 154/2002, de 18 de julio)* en PDD n° 2 2003, pg 21 se pregunta cómo se hubiera valorado la competencia del niño en el caso de haber aceptado la transfusión.

acudir en todo momento a una decisión judicial externa, la actitud de la madre respecto a las transfusiones “no representa un peligro para los hijos”. En definitiva, no se cuestiona en ningún momento la primacía de la vida de los hijos en caso de posible conflicto con la voluntad o creencias de su representante legal.

Estos precedentes jurisprudenciales y el tenor del art. 9.3 de la LAP indican que la solución de los posibles conflictos de intereses cuando están en juego graves riesgos, debe partir de la irrelevancia de la voluntad de los menores de edad, ya expresada por sí mismos o a través de sus representantes legales, cuando su sentido en uno u otro caso, sea contrario a la indicación médica cuya omisión comporte riesgo vital grave para la vida o la salud del paciente menor de edad. Estas situaciones, cuando se produzcan, deberán ponerse en conocimiento de la autoridad competente y resolverse como se dirá más adelante.

La forma de abordar estos conflictos ha sido tratada por la citada Circular 1/2012 FGE distinguiendo distintos supuestos:

- Cuando un menor maduro rechaza una trasfusión de sangre u otra intervención médica con riesgo para su vida, si los representantes legales son favorables a que se realice la misma, aunque puede realizarse legalmente, es conveniente y más respetuoso con el principio de autonomía del menor acudir al Juez para que decida
- Cuando el menor maduro, con el apoyo de sus padres o representantes, rechaza la transfusión o intervención con grave riesgo para su vida o salud, el médico debe plantear el conflicto ante el Juez de Guardia, directamente o a través del Fiscal. En caso de urgencia la intervención puede llevarse a cabo, sin autorización judicial, al amparo del cumplimiento de un deber y del estado de necesidad.
- Cuando el menor maduro presta su consentimiento a la intervención cuya omisión supondría grave riesgo para su vida o salud, y son los representantes legales los que se oponen, debe estarse a la capacidad de autodeterminación que la ley reconoce al menor maduro, pudiendo el médico aplicar el tratamiento sin necesidad de autorización judicial.
- Cuando los representantes legales del menor sin condiciones de madurez rechazan una intervención cuya omisión supondría grave riesgo, el conflicto entre la opinión de los representantes y la vida o salud del niño debe plantearse ante el Juzgado de Guardia, bien directamente por el médico o a través del Fiscal. En caso de urgencia, la intervención médica podría estar amparada por el cumplimiento de un deber o por un estado de necesidad justificante.

Desde la perspectiva bioética la Circular opta por una postura consecuencialista con apoyo en el principio del “interés superior del menor”, que debe guiar todas las intervenciones del Fiscal en este ámbito. Invoca expresamente el repertorio de criterios de concreción de ese interés que, siguiendo el modelo de la *Children Act* británica de 1985, ofrece la STS 565/2009 de 31 de julio y en el que se destaca a estos efectos:

- En primer lugar, la cobertura de las necesidades básicas de salud del menor

- En segundo lugar, la atención a los deseos, sentimientos y anhelos del menor, con la apostilla de que “sean compatibles con lo anterior”.
- Ulteriormente y como pauta general de determinación del interés superior del menor, la valoración de los riesgos (para la salud física o psíquica) que la situación actual y las subsiguientes puedan acarrear

La solución de la Circular viene a coincidir con el criterio sentado en el ámbito anglosajón en resoluciones posteriores a 1985. Efectivamente, incluso tras la consolidación en el ámbito judicial y doctrinal anglosajón del criterio *Gillick* de competencia o madurez del adolescente, varias resoluciones judiciales posteriores han corregido o matizado *obiter dicta* la doctrina entonces sentada, en los casos en que se trata no de aceptar sino de rechazar un tratamiento imprescindible para la vida o la conservación de la salud. Se entiende que la autoridad de los padres no cesa de modo absoluto ante la competencia o madurez del hijo, y la jurisdicción de los tribunales puede suplir la patria potestad para la imposición de determinados tratamientos de carácter vital.⁴¹

Por otro lado, apoyan esta solución toda una serie de disposiciones legales sobre la irrelevancia del consentimiento del menor de edad, sea o no maduro, para determinadas intervenciones médicas, algunas de ellas, carentes de riesgo vital o urgente. En tal sentido:

- El art. 156 del CP niega relevancia al consentimiento de cualquier menor en materia de trasplantes, cirugía transexual y esterilizaciones.
- En relación con lo anterior, el art. 4 de la Ley 30/1979 sobre *transplantes de órganos*, en relación con el 155 del CP, prohíbe la donación de órganos a los menores de edad.
 - El art. 143 CP niega también la validez del consentimiento de los menores de 18 años para configurar el subtipo atenuado de auxilio al suicidio en casos de “eutanasia directa”.
 - El art. 7 del Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre sobre *normas de calidad y seguridad para la donación, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos*, prohíbe la extracción de células y tejidos humanos a menores de cualquier edad, salvo determinados supuestos expresamente recogidos.
 - El art. 6.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo de *reproducción asistida* en relación con el 161 del CP prohíbe también la aplicación de estas técnicas a personas menores de edad.

⁴¹ En Inglaterra, El caso *Re and R* (1992) Fam. 11, *Re W Re W* (1993) Fam, 64; *Re S* (1994) 2 FLR 1065; *Re E* (1993) 1 FLR 386; *Re L* (1999) 2 FCR 524, (1998) 2 FLR 810, relativos a tratamientos médicos sobre menores, expresan reticencias al criterio *Gillick* de competencia cuando se trata del rechazo de una intervención médica indicada como necesaria para la vida, sugiriendo la intervención de otra persona o autoridad judicial para el ejercicio de las funciones parentales

En Canadá en el caso *AC vs Manitoba Director Child and family Services*, la Corte Suprema en decisión (5 a 2) de 2 de julio de 2009, negó que hubiera discriminación de una adolescente de 15 años a la que judicialmente se impuso una transfusión de sangre contra su voluntad, ni compromiso de sus derechos a la libertad religiosa, la vida y la salud. Se le permitió acreditar su grado de madurez y se exigió un estándar superior, dada la relevancia de la decisión para su supervivencia. Criterio del interés superior del niño

- En general, el art. 6.1 del Convenio de Oviedo excluye la posibilidad de aplicar a menores de edad, aun con consentimiento informado, cualquier tratamiento médico que no redunde en el beneficio directo del paciente.

El planteamiento judicial de estos conflictos debe realizarse por su carácter urgente ante el Juez de Guardia en procedimiento urgente de jurisdicción voluntaria en el que informa necesariamente el Fiscal.

V.3 Intervención del Fiscal respecto de los ensayos clínicos y la investigación biomédica sobre menores de edad

El marco jurídico viene determinado por la Ley 29/2006, de 26 de julio, de *garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios* y por el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan *los ensayos clínicos con medicamentos*. Esta regulación exige para todo ensayo el informe previo favorable de un Comité Ético de Investigación Clínica (CEIC) que será independiente de los promotores e investigadores y de las autoridades sanitarias, y la autorización de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS), y se establecen las facultades inspectoras de las Administraciones sanitarias.

Cuando el ensayo o la investigación biomédica se refiere a menores de edad, el art. 7.3 del RD 223/2004 ordena al promotor la puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal de las autorizaciones de los ensayos clínicos cuya población incluya a menores. Ello da lugar a la apertura por el Fiscal de un expediente de protección en el que el Fiscal de Menores comprueba que se han observado todos los requisitos que la legislación establece, oponiéndose al ensayo en caso contrario.

Las actuaciones del Fiscal en este ámbito aparecen recogidas y orientadas en el *Protocolo de actuación en expedientes sobre ensayos clínicos e investigación biomédica* elaborado en 2009 por la Unidad Coordinadora de Menores de la FGE⁴² y atañen al examen de la documentación que debe incluir la resolución favorable de la AEMPS, el dictamen del CEIC y una copia de protocolo de ensayo, y a la comprobación de la intervención de expertos en pediatría. Si la información remitida fuera insuficiente, el Fiscal puede requerir al promotor a fin de recabar los datos necesarios para asegurar la protección del interés superior de los menores que van a participar en el ensayo.

Si se detectan indicios de riesgos para los derechos de los menores, puede el Fiscal promover judicialmente una medida de protección al amparo del artículo 158 CC. Pero esa eventualidad será excepcional dado el cúmulo de garantías impuestas y los múltiples órganos de control previstos en la legislación administrativa.

VI.- EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

VI. 1 Ideas generales

⁴² Disponible en fiscal.es

El art. 28 CDN, el art. 27 CE y toda una serie de instrumentos internacionales recogen el derecho a la educación que ha de ejercerse *progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades*, como medio indispensable para la efectividad de otros derechos humanos.

Por la importancia de la educación en las posibilidades de desarrollo personal, el art. 28 CDN impone a los Estados la adopción de medidas de garantía de su efectividad:

- *implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos*
- *fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad.*
- *Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad por cuantos medios sean apropiados.*
- *Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas*
- *Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de abandono escolar.*⁴³

También las legislaciones nacionales incorporan un elemento de obligatoriedad en el ejercicio del derecho a la educación, en el entendimiento de que el acceso del niño a la enseñanza básica no es una opción libre ni para los padres ni para el Estado.

En consonancia, el art. 13.2 de la LOPJM establece que “cualquier persona o autoridad que tenga conocimiento de que un menor no está escolarizado o no asiste al centro escolar de forma habitual y sin justificación, durante el período obligatorio, deberá ponerlo en conocimiento de las autoridades públicas competentes, que adoptarán las medidas necesarias para su escolarización”.

Esas “medidas necesarias” son de carácter general. Van desde la prevención (campañas de información y sensibilización...) a la intervención individualizada con los menores

⁴³ En abril de 2000, el Foro Mundial sobre Educación (Dakar, Senegal) definió un Marco de Acción basado en seis objetivos y las estrategias para lograrlos:

- Mejorar y extender la protección y educación integrales de la primera infancia, especialmente para los niños más vulnerables y desfavorecidos
- Velar por que antes del año 2015 todos los niños, y sobre todo, las niñas y niños que se encuentren en situaciones difíciles y los que pertenecen a minorías étnicas, tengan acceso a una enseñanza primaria gratuita y obligatoria de buena calidad y que la terminen.
- Velar por que sean atendidas las necesidades de aprendizaje de todos los jóvenes y adultos mediante un acceso equitativo a un aprendizaje adecuado y a programas de preparación para la vida activa;
- Aumentar de aquí al año 2015 el número de adultos alfabetizados en un 50% en particular de las mujeres y facilitar a todos los adultos un acceso equitativo a la educación básica y la educación permanente.
- Suprimir las disparidades entre los géneros en la enseñanza primaria y secundaria de aquí al año 2005 y lograr antes del año 2015 la igualdad entre los géneros en relación con la educación, en particular garantizando a las niñas un acceso pleno y equitativo a una educación básica de buena calidad, así como un buen rendimiento.
- Mejorar todos los aspectos cualitativos de la educación, garantizando los parámetros más elevados para conseguir resultados de aprendizaje, reconocidos y mensurables, especialmente en lectura, escritura, aritmética y competencias prácticas esenciales.

absentistas y sus familias en la que se prioriza la colaboración sobre la coerción. En esta intervención individualizada participan de un modo inmediato y directo sectores administrativos educativos y sociales en el plano estatal, autonómico y local (art. 25.2 n) de la ley 7/1985, de 2 de Abril, reguladora de las Bases de Régimen Local).

La Administración de Justicia y concretamente el Ministerio Fiscal, tienen un papel importante, pero limitado y flexible de intervención desde el ámbito de la protección jurídica de los menores y desde el ámbito penal que sanciona a los responsables de su absentismo. En relación con todo ello constituye lectura de referencia el libro *Defensa del derecho a la enseñanza obligatoria: el papel del Ministerio Fiscal*, de C.E. Ferreirós.⁴⁴

El tenor del citado art. 13.2 LOPJM sugiere también la implicación de la sociedad civil cuyo papel a través de las asociaciones de padres, de profesores o de vecinos puede ser decisivo.

VI. 2 Beneficiarios y obligados

La Ley Orgánica 8/1985, tras su modificación por la Disposición Final Primera de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación recoge expresamente en su artículo 6.4, el deber de asistencia a clase con puntualidad por parte del alumno.

El alumno en nuestra normativa, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos más intervencionistas,⁴⁵ no incurre en conducta típica, y debe participar en los procedimientos, otorgársele audiencia y exhortarle a que asista a la escuela. Esta línea de actuación sigue la pauta del Comité de Derechos del Niño que frecuentemente denuncia como discriminatoria (art. 2 CDN) la consideración del absentismo escolar como comportamiento delictivo del adolescente.⁴⁶ Y recomienda la adopción de medidas de protección de la infancia, apoyo efectivo a los padres y profesionales y abordaje de las causas básicas del absentismo⁴⁷, para evitar el fracaso escolar en sentido amplio (no simplemente el absentismo).

Como apunta Ferreirós Marcos ⁴⁸ la solución no es la judicialización masiva del problema (como se realiza en Estados Unidos con el modelo de las “status offenses”) ni convertir los centros educativos en simples lugares de custodia

⁴⁴ FERREIRÓS MARCOS C.E. *Defensa del derecho a la enseñanza obligatoria: el papel del Ministerio Fiscal*. AEQUITAS-Consejo General del Notariado España. Madrid 2011

⁴⁵ En EEUU el absentismo escolar es una de las conductas integrantes de la delincuencia juvenil (*status offenses*) competencia de las *juvenile courts*

⁴⁶ El punto 56 de las Directrices de Riad, que expresan: "A fin de impedir que prosiga la estigmatización, la victimización y la criminalización de los jóvenes, deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven

⁴⁷ NACIONES UNIDAS. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General n° 10 (2007). Los derechos del niño en la Justicia de Menores (CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párrafos 8 y 9)*

⁴⁸ Obra citada: *Defensa del derecho a la enseñanza obligatoria....*

El art. 4.2 de la LO 8/1985, de 3 de julio, reguladora *del Derecho a la Educación* (redacción conforme a la Disposición Final Primera de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en adelante, LODE) señala a los padres, tutores o acogedores, como primeros responsables de la educación de sus hijos, en consonancia con su obligación de alimentos (arts. 142, 154 y 269 CC). Concretamente, se les exige:

“a) Adoptar las medidas necesarias, o solicitar la ayuda correspondiente en caso de dificultad, para que sus hijos o pupilos cursen las enseñanzas obligatorias y asistan regularmente a clase”.

Son muchas las causas, circunstancias y situaciones que dan lugar al absentismo escolar de los menores de edad, desde la decidida actitud impositiva de la escolarización por parte de la familia, hasta la dejación e incuria, la instrumentalización del niño en tareas familiares y domésticas, o el posicionamiento de quienes rechazando frontalmente la educación formal oficial, propugnan la educación alternativa mediante distintas formas de “escuela en casa”.

La intervención pública ante el incumplimiento de esta obligación, dada la amplia variedad de circunstancias familiares, sociales o personales de diferente signo que pueden determinar el absentismo, precisa un análisis previo individualizado para garantizar de forma eficaz en cada caso el derecho del menor a la educación.

VI.3 Carácter progresivo de la intervención

Las primeras intervenciones deben producirse en el ámbito educativo, en el que ordinariamente pueden solventarse la mayoría de los casos.

En esta primera fase puede ser necesaria la intervención de los Servicios Sociales (municipales) ya que muchas familias afectadas se encuentran en situación de exclusión social. La Recomendación Rec(2006)19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa subraya las dificultades del ejercicio del rol parental en situaciones de riesgo o exclusión social y reclama la atención de los poderes públicos, máxime cuando los menores han perdido raíces estables o un hogar permanente (antecedentes familiares romaníes o gitanos, inmigrantes...). Desde el principio de intervención mínima, se constata la existencia de un gran número de asuntos que no son merecedores acreedores de ningún tipo de sanción, aunque sí de trabajo social.

En otros más graves, sin perjuicio de sanción administrativa, la persecución de la infracción penal, conforme al artículo 228 del CP, exige la denuncia previa del Fiscal. Esta posibilidad requiere el previo agotamiento de la actuación de prevención y colaboración.

En la fase preliminar de intervención administrativa de colaboración con la familia, puede intervenir la Fiscalía de Menores desde el ámbito de protección, en expediente por absentismo escolar. En uno u otro momento y tras valorar las circunstancias del caso, el Fiscal de Menores cita de comparecencia al menor y a sus padres o representantes legales, con la finalidad de advertirles de la existencia del expediente de protección, de la necesidad de cumplir las obligaciones respectivas, y del posible ejercicio de acciones penales en el caso de persistir la situación.

VI.4 Intervención punitiva

Ante el fracaso de la prevención, la colaboración y las advertencias, el Fiscal ejercita las acciones penales por delito de abandono de familia del artículo 226 del CP contra los padres, tutores, acogedores, con criterio generalmente acogido por las Audiencias Provinciales, pues basta con el incumplimiento de alguno de los deberes legales de asistencia (art. 154 CC) y no de su totalidad para satisfacer los requisitos de tipicidad.

El art. 226 sanciona con las penas de prisión de tres a seis meses o multa “al que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar...”. El párrafo segundo faculta al Juez o Tribunal para la imposición de la pena conjunta de “inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años”.

Este precepto procede del art. 487 del anterior CP que tenía unos condicionantes típicos que lo hacían poco apto para abordar el fenómeno del absentismo escolar de una manera generalizada (se requería que el incumplimiento de esos deberes tuviese por causa el abandono malicioso del hogar o la conducta desordenada).

El desvalor del absentismo escolar puede enmarcarse en la tipicidad del precepto, siempre que se trate de absentismo causado o consentido directamente por los padres (o tutores o acogedores, en su caso), lo que excluye muchos supuestos de absentismo, incluso grave y cronificado. La no escolarización o las conductas paternas que provoquen o consientan con la inasistencia habitual al centro escolar suponen el incumplimiento del deber inherente a la patria potestad de “procurar una formación integral” a los hijos (art. 154 del Código Civil).

La posibilidad de optar entre la pena prisión (de tres a seis meses) o la multa (de seis a doce meses), permite un amplio margen de apreciación, en atención a la gravedad del hecho y la etapa educativa en que se hubiera producido. Excepcionalmente o en casos de desamparo, estaría indicada también la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años.

En alguna ocasión se han dictado pronunciamientos condenatorios por delito de desobediencia del art. 556 CP, junto con el abandono de familia, si previamente medió un requerimiento del Juez de 1ª Instancia en el marco de un procedimiento de jurisdicción voluntaria de protección de menores conminando formalmente para el cumplimiento de esa obligación legal (sentencia de la Sección 1ª de la AP de Albacete 5/2003, de 23 de enero).

Toda Sentencia condenatorias deben comunicarse a la autoridad administrativa competente en el ámbito educativo para seguimiento del caso en aplicación de los criterios generales de coordinación administrativa y de protección de menores (artículo 13.2 y 14 LOPJM) que vinculan a todos los poderes públicos.

El beneficio de la suspensión de la ejecución debería supeditarse siempre al cumplimiento de programas específicos de atención de la escolarización del menor cuya

confección y seguimiento corresponde a los órganos del gobierno de la Administración autonómica (art. 83.2 CP), procurando que el plazo de suspensión (artículo 80.2 CP) coincida con el tiempo que al menor le reste de escolarización obligatoria.

VI.5 Abordaje indirecto desde el ámbito de la Justicia Juvenil

Frecuentemente el menor infractor presenta episodios o historial de absentismo escolar. La Justicia Juvenil puede intervenir tras la comisión de infracciones penales por parte del adolescente absentista.

Precisamente, algunas de las medidas que articula la LORPM pueden constituir una solución, si se ejecutan correctamente: la libertad vigilada acompañada, como regla de conducta, de la obligación de asistir con regularidad al centro docente, justificando las ausencias ante el Juez (art. 7.1.h).1ª de la LORPM), la realización de tareas socio-educativas (art. 7.1.k), y el establecimiento de tales condiciones cuando se acuerda la suspensión de la ejecución del fallo (art. 40), entre otras.

Pero se tratará siempre de un abordaje indirecto y subordinado a la comisión previa de una infracción penal por parte del adolescente absentista.

VI.6 Mención específica de la denominada “home school”

Han surgido en varios países y también en España, movimientos⁴⁹ que rechazan la asistencia de sus hijos a la escuela por razones pedagógicas, emocionales, ideológicas o religiosas y que propician y la formación de los niños en el hogar, al margen del sistema oficial.

El art. 4 de la LODE, junto con los derechos de los padres a escoger centro docente y a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, impone una serie de obligaciones, entre las que se encuentra la de garantizar la educación obligatoria y la asistencia regular a clase de los hijos.

Además de excepciones a la escolarización obligatoria por razones de salud, el Centro para la Innovación y Desarrollo de la Educación a Distancia (CIDEAD), integrado en el Centro Nacional de Información y Comunicación Educativa (CNICE), creado por RD 1180/1992, de 2 de octubre, atiende la educación a distancia de importantes colectivos dispersos geográficamente y con necesidades excepcionales diversas.

Por lo demás, se echa de menos una regulación expresa que, reconociendo en su caso la libertad de la enseñanza extraoficial de este tipo, estableciera los debidos controles y los presupuestos de homologación a efectos de la futura integración del niño en el sistema educativo general.

El TS (Sala 2ª) se pronunció -colateralmente- sobre la cuestión en su Sentencia 1669/1994, de 30 de octubre relativa a miembros de la secta *Los niños de Dios*,

⁴⁹ *Crecer sin Escuela*. Boletín nº 16, junio 2005 (disponible en internet: <http://www.crecersin escuela.org>).

absolviendo a los padres del delito de lesiones psíquicas sobre los hijos, que se les imputaba en razón del aislamiento social propiciado por una educación muy específica, ajena al sistema oficial y exclusivamente en el hogar. Para esta sentencia, descartado el daño a la salud, la sanción penal sólo estaría justificada cuando la enseñanza impartida difundiera ideas contrarias a los valores esenciales de la convivencia o favoreciera la prostitución o corrupción de menores. En otro caso, no cuestiona la legitimidad de la educación a domicilio, “siempre que se satisfaga con ella la necesaria formación de los menores” y “sin perjuicio de la sanción civil que pueda proceder”.

Las Audiencias Provinciales vienen estimando que estos casos no son merecedores de sanción penal.

Descartada la sanción penal, hay que recordar que el TEDH afirmó el derecho de los Estados a fijar los contenidos y formas mínimos de la educación obligatoria y entre ellos, su carácter escolar, al inadmitir el 11 de septiembre de 2006 la demanda interpuesta en el caso, *Fritz Konrad and others vs. Alemania*, país cuya legislación prohíbe expresamente la escuela en casa.

Invocando la doctrina del TEDH, la STC nº 133/2010, de 2 de diciembre, ordenó a los padres demandantes la inmediata escolarización, pese a constar la inexistencia de riesgos y que la educación recibida en casa (los niños hablaban cinco idiomas, recibían clases de música, matemáticas, ciencias y ética) era de gran calidad.

Procede por lo tanto la escolarización inmediata de los niños y en su caso, las sanciones administrativas a que hubiera lugar en cada caso.

VII.- DERECHOS AL HONOR, LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y LA PROPIA IMAGEN

El art. 16 CDN consagra un amplísimo derecho del niño a la privacidad al disponer que:

“1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”

Este artículo plantea distintas cuestiones sobre el entorno físico y personal en el que se desarrolla la vida del niño, el carecer privado de sus relaciones y sus comunicaciones con otras personas, incluidos el derecho a recibir asesoramiento y orientación confidenciales, el control del acceso a la información acerca del niño contenida en informes, registros, antecedentes (judiciales, académicos, médicos...).

Lógicamente el derecho a la privacidad del niño en la familia varía en función de las estructuras familiares y las condiciones sociales en cada país y comunidad, aunque la CDN tiende a establecer una referencia común de respeto.

Vertiente específica de este derecho se encuentra en el art. 40.2 b) vii) de la misma CDN en el que se exige que al niño considerado culpable o acusado de infringir las leyes penales se le respete “...plenamente su vida privada en todas las fases del

procedimiento.”, precepto que extiende su aplicación a los procedimientos relativos al derecho de familia, filiación...

A esta previsión responde el principio de confidencialidad y las excepciones a la publicidad procesal, características de la Justicia Juvenil. Pese al rango constitucional del principio de publicidad procesal, en el proceso penal de menores se hace necesaria la combinación de la publicidad de los debates procesales con la obligación de reserva y confidencialidad sobre los datos concernientes a la vida personal del menor infractor o eventuales víctimas menores.

Se trata con ello de tanto de garantizar la privacidad del menor infractor como su proceso de recuperación. Para ello es esencial evitar los riesgos de la estigmatización que subraya la Resolución del Parlamento Europeo de 21 de junio de 2007 *sobre delincuencia juvenil, papel de la mujer, la familia y la sociedad* (2007/2011(INI) al considerar en su preámbulo que la delincuencia juvenil es en sí más peligrosa que la de adultos al afectar a un especialmente vulnerable sector de la población durante los años formativos de desarrollo personal, exponiendo a los menores en una fase muy temprana al riesgo de exclusión social y estigmatización

Esta es la razón por la que se prohíben por ello todas las informaciones que permitan la identificación de un menor delincuente. Concretamente, el art. 24 LORPM autoriza el secreto del expediente, como garantía del buen resultado de las investigaciones. Debe acordarlo el Juez sólo a instancia de parte (incluso del menor o su familia y la acusación particular) en auto motivado en el que debería fijarse la duración máxima sin perjuicio de la posibilidad de prórrogas, siempre antes de la formulación del escrito de alegaciones. Para la fase de enjuiciamiento el art. 35 dispone que a las sesiones de la audiencia *sólo concurrirán las personas expresamente designados en dicha norma*. En todo caso, salvo circunstancias excepcionales debiera admitirse la presencia de la víctima y de sus familiares.

En su segundo párrafo, el mismo art. 35 LORPM establece que *en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación*”, limitación que parece también aplicable a los supuestos en que el imputado hubiera alcanzado ya la mayoría de edad pues como pone de relieve DE LA ROSA CORTINA⁵⁰ sigue subsistiendo la misma *ratio*: que las infracciones cometidas durante la minoría de edad no obstaculicen el proceso de desarrollo personal y la reinserción del menor infractor.

La doctrina del Comité de Derechos del Niño ha tratado también la privacidad del niño en relación con el domicilio y la correspondencia, destacando que cualquier injerencia en la correspondencia del niño (abrirla, leerla, limitarla...) sólo puede tener lugar en virtud de la ley y conforme a los principios y disposiciones de la CDN, ajustándose en todo caso a lo razonable y proporcionado a las circunstancias del caso.

En España la protección de estos ámbitos del derecho del niño a la privacidad se otorga por la vía general de protección de los correspondientes derechos fundamentales.

⁵⁰ DE LA ROSA CORTINA JM. “Medios de comunicación, menores y proceso penal” en Curso sobre menores sometidos al sistema de Justicia Juvenil. Purchena 2009.

Más singular es el desarrollo normativo que se ha centrado en la protección del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, sin perjuicio de disposiciones concretas dispersas en distintas leyes que garantizan determinados aspectos de la privacidad de las personas menores de edad (LORPM, LOPJM,, Protección de datos personales....)

En el marco de la competencia atribuida al Ministerio Fiscal en la CE (art. 124) y, conforme a la previsión contenida en su EOMF, la FGE dictó 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 siguieron la Circular 1/2001, de 5 de abril, *relativa a la incidencia de la nueva LEC 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, finalmente, la Instrucción 2/2006, sobre *El Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores*, que fue la que abordó la actuación del Ministerio Público de forma integral y transversal.

Aunque 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), el presente capítulo se centra en los aspectos civiles.

VI.1. Marco normativo

El art. 16 de la CDN consagra el derecho del niño a la privacidad declarando 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 a su reputación. El niño tiene derecho a la protección de la Ley contra tales injerencias.”

Por su parte, el punto 8.29 de la Carta Europea de Derechos del Niño (Resolución del Parlamento Europeo A3-0172/92 de 8 de Julio de 1992) 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.

Esta misma protección se anticipa ya en el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966⁵¹ y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 que en su art. 25.2 reconoce el derecho de la infancia a cuidados y asistencia especiales.

La Constitución subraya el valor que los Convenios internacionales adquieren en relación con los menores de edad, al declarar que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”. El art. 10.2 CE establece genéricamente que las normas relativas a los derechos fundamentales se

⁵¹ El art. 24, relativo a las medidas de protección que requiere el menor tanto de la familia como de la sociedad y el estado), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966 (y específicamente su art. 10.3 que obliga a adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes y específicamente contra la explotación económica y social.

interpretarán de conformidad con la Declaración de los Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias suscritas por España.

También la CE, en su art. 20.1.d) fija el límite del derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, en el respeto a los derechos reconocidos en su Título I 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 relación con los menores de edad, estos derechos se reconocen específicamente en el art. 4.1 LOPJM, cuyo apartado 3º 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.

La Ley 25/1994, de 12 de julio, modificada por Ley 22/1999, de 7 de junio, incorporó a nuestro ordenamiento la Directiva 89/552/CEE, sobre *la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva*. Su objetivo final es la defensa de los intereses legítimos de los usuarios y, en especial, de los menores para preservar su correcto desarrollo físico, mental y moral (art. 1.5)

Los medios de información televisiva, públicos o privados están obligados a proteger específicamente el honor, la intimidad y la propia imagen del menor en el ámbito estatal, autonómico o local, y tanto los medios públicos como los privados.

También el art. 35 LO 5/2000, de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante LORPM), dispone que “...en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación.” Hasta aquí la cita de la Instrucción que resume muy bien el estado de nuestra legislación

VI. 2 La intromisión ilegítima

El art. 4.3 de la LOPJM señala que “se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales”.

Los niveles de protección se intensifican en relación con los niños y se justifican 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).

El art. 7 de la LO 1/82 describe *ad exemplum*⁵² los actos que tendrán la consideración de

⁵² CONSEJO GENERAL PODER JUDICIAL. *Conclusiones del Seminario Problemática derivada de la Protección de los Derechos Fundamentales al Honor, la Intimidación Personal y a la Propia Imagen: Especial Referencia a las Medidas Cautelares*. Madrid, del 30 de junio al 2 de julio de 2004

intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de la Ley (STS de 6 de septiembre 2011).

Han sido la jurisprudencia del TS y la doctrina del TC las que han ido configurando 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); 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) y el derecho a la imagen como *el derecho a disponer de la representación gráfica del aspecto físico que permita la identificación* (SsTC 156/01, de 2 de julio y 83/02, de 22 de abril).

En el terreno audiovisual, uno de los ámbitos de mayor riesgo por el carácter masivo de la difusión de los posibles compromisos de estos derechos, la Ley 7/2010 de 31 de marzo, *General de la Comunicación Audiovisual*, protege los derechos del menor en el amplio y pormenorizado art. 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*.

Aparte lo anterior, diversos Códigos Deontológicos de la profesión periodística abordan el tratamiento informativo de los casos que afecten a menores y existe un Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia en el que se establece que no se emitirán imágenes ni menciones identificativas de menores como autores, testigos o víctimas de actos ilícitos (II.2.a).

Según el Código Deontológico de la Federación de Asociaciones de la Prensa de España (FAPE):

- En el tratamiento informativo de los asuntos en que medien elementos de dolor o aflicción en las personas afectadas, el periodista evitará la intromisión gratuita y las especulaciones innecesarias sobre sentimientos y circunstancias.
- Se prestará especial atención al tratamiento de asuntos que afecten a la infancia y la juventud, y se respetará el derecho a la intimidad de los menores.
- El periodista deberá evitar nombrar en sus informaciones a los familiares y amigos de las personas acusadas o condenadas por un delito, salvo que su mención resulte necesaria para que la información sea completa y equitativa. Este criterio se aplicará con extremo rigor cuando la información pueda afectar a menores de edad.
- En particular, el periodista deberá abstenerse de entrevistar, fotografiar o grabar imágenes de los menores de edad relacionados con actividades delictivas o enmarcables en el ámbito de la privacidad.

Todas estas garantías adicionales se justifican por el plus de antijuridicidad que comportan los ataques a estos derechos cuando el sujeto pasivo es un menor, pues no solamente comprometen su honor, intimidad o propia imagen, sino que además pueden perturbar su correcto desarrollo personal....

Precisamente la STS 485/2010 de 26 de julio habla de un doble límite del derecho a la información relativa a menores: un límite en cuanto a otros derechos fundamentales en sí mismos, y otro que consiste en atender al "interés del menor" en cuanto objeto de protección por los poderes públicos.

Tratamiento de los menores hijos de personajes famosos

Como principio general, estos niños tienen derecho al mismo grado de protección que cualquier otro frente a la curiosidad ajena, como señala STS 602/2011, de 29 de julio.

En consecuencia, la Instrucción FGE señala las siguientes pautas de actuación:

1. La reproducción de imágenes 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 ellos 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.

Tratamiento de los menores con notoriedad pública propia

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).

Existen sin embargo límites a esta regla: 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).

Tratamiento de la imagen de los menores con discapacidad en los medios de comunicación

Sobre esta cuestión se ha difundido con fecha 23 de mayo de 2013 Dictamen 3/2013 del Fiscal de Sala Coordinador de Menores⁵³ sobre *actuaciones del Fiscal en relación con*

⁵³ Elaborado a partir de FERREIRÓS MARCOS C.E. : “*Protección reforzada de colectivos vulnerables. Problemas emergentes*” Apartado III, (Ponencia de este mismo

la aparición de menores con discapacidad en programas de TV que se adjunta como ANEXO a esta ponencia.

VII.3 El consentimiento y su revocación

La LO 1/1982 determina, en su art.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 art. 2.

La LO 1/1982, de 5 de Mayo, de *Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen* establece en su art. 3 dos reglas para la validez del compromiso de estos derechos en informaciones públicas:

- El consentimiento de los menores e incapaces (se supone que a las intromisiones en su intimidad o propia imagen) deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil (apartado primero del art. 3).
- En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito de 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 (apartado segundo del art. 3). El tratamiento procesal de esa eventual oposición del Fiscal no ha sido desarrollado legalmente, por lo que debería acudir al cauce de la jurisdicción voluntaria que ya hemos visto.

Las disposiciones de la LOPJM de 1996 han relativizado el concepto indeterminado de madurez del menor a efectos de prestar el necesario consentimiento. Así, en el art. 4.2 se dice que “la difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, al margen por tanto del consentimiento prestado, bien por el menor maduro, bien por los representantes legales del mismo.

Basta pues que una información o cualquier utilización de la imagen o nombre del menor sea contraria a sus intereses para que la intromisión en su esfera de protección sea ilegítima, aunque hubiera sido consentida. Es fácil observar que esa esfera de protección es considerablemente más amplia que la de las personas mayores pues no se precisa que la imagen o información sean directamente contrarias a su intimidad, honra o reputación. La prioridad del interés del menor hace que base con que afecte al derecho fundamental y sea contrario a ese interés superior⁵⁴.

curso de Especialización en Protección jurídica y Responsabilidad Penal de Menores 2013 CEJ Madrid . Ver ANEXO III de esta ponencia.

⁵⁴ A modo de ejemplo, la STS de 27-6-03 RA 4312 contempla y estima el recurso de casación del Fiscal el cual interesa la condena de la Revista no solo por publicar la imagen del menor de modo indebido sino también (en contra de la opinión de la Audiencia Provincial) por informar sobre el Sida del menor como dato perteneciente a su intimidad, sin que sirva de pretexto un presunta rectificación de informaciones aparecidas en distintas publicaciones. O la STS de 28-6-04 RA 4279, condena en hecho anterior a la LO 1/96 por publicar con nombres y apellidos la noticia del menor que mató a su hermanastra y por dar detalles innecesarios e íntimos de la vida de la madre. Ha habido desmesura en la identificación del menor y en publicar su fotografía aún con la cara tapada. Se han infringido normas internacionales aceptadas por España como la Convención de Derechos del Niño art. 40. La STS de 30-6-04 RA 4286 destaca que el interés del menor es absolutamente protegible ex STC de 15-7-99. Aún siendo los hechos

Esta fórmula legal se halla en armonía con el régimen general que el art. 162.1 del CC establece respecto de la representación legal de los hijos, en los términos ya analizados al tratar el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Así, también en este ámbito para identificar las *condiciones de madurez* del menor, se sugiere el patrón normativo que proporcionan diversos preceptos del CC 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 (art. 663, 177.3, 156 y 92 del CC).

La Instrucción 2/2006 de la FGE, subraya cómo el consentimiento excluyente de la intromisión ilegítima es en la previsión legal siempre expreso, esto es, 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). Además, en los términos de la LO 1/82 tal consentimiento “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).

El ya citado Reglamento de *desarrollo de la ley de protección de datos de carácter personal* (RD 1720/2007, de 21 de diciembre) garantiza la seguridad jurídica en el ámbito de la protección de datos, con la previsión, en los arts. 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”, con lo que ello significa de exposición de datos a terceros por parte de menores.

El apartado 4 del art. 13 LO 15/99 de Protección de Datos, dispone que “corresponderá

anteriores a la LO 1/96, fue ilícito indicar en el periódico nombre y apellidos del menor (11 años) acusado de agresión sexual, aún partiendo de nota de prensa policial. Por su parte El TEDH ha considerado que la protección de la juventud puede justificar la limitación de la libertad de expresión (vid. STEDH de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside contra Reino Unido).

Tribunal Supremo Sala 1ª, S 26-7-2010, nº 485/2010, rec. 2013/2006

En la STS 485/2010 de 6 de julio (Pte: Gimeno-Bayón Cobos, Miguel Ángel) El TS desestima los recursos de casación interpuestos por cadena de televisión y productora, contra la SAP de Madrid que condenó a las demandadas por intromisión en la intimidad y la utilización de la imagen de los menores, en un conocido programa de televisión. Señala la Sala, entre otras consideraciones, que el derecho a la información no debe prevalecer en este caso, puesto que, aparte de no constar el consentimiento por parte de los menores o de sus representantes legales, no se ha acreditado ningún interés público que justifique la difusión de las imágenes de los afectados. Añade además, que tratándose de menores, existe un doble límite en el derecho a la información: un límite en cuanto a otros derechos fundamentales en sí mismos, y otro que consiste en atender al "interés del menor" en cuanto objeto de protección por los poderes públicos. Las costas causadas por los recursos se imponen a cada una de las recurrentes.

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”.

En el tenor legal, la posibilidad de revocar el consentimiento a la injerencia se configura como un derecho del titular que consintió.

La STC 117/1994, de 25 de abril 1994, reconoce este derecho señalando 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”.

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 art. 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”.

VII. 4 Aspectos procesales

VI.4 1 Legitimación del Ministerio Fiscal

Como regla general, la Instrucción 2/2006 establece 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 (art. 4.2 LOPJM) al Ministerio Fiscal la obligación de accionar en los casos en que la intromisión se produzca a través de un medio de comunicación, siempre bajo 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 concurra 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 intensidad lesiva de la intromisión.

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

La Instrucción 2/2006 destaca la necesidad de sopesar las siguientes circunstancias:

- A la hora de decidir si al amparo del art. 4 LOPJM 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".
- Habrán de ponderarse, en su caso, el riesgo y el impacto que pueda generar el denominado *strepitus fori* por lo que, cuando sea previsible su concurrencia, cabrá, dependiendo de las concretas circunstancias concurrentes, adoptar la decisión de no ejercitar las acciones correspondientes, en salvaguarda del principio del superior interés del menor.
- Del mismo modo, aunque la LOPJM debilita la eficacia justificante del consentimiento del menor (art. 4.3 *in fine*), la concurrencia del mismo debe sopesarse en cada caso, a la hora de concretar si se ha producido un perjuicio para sus intereses.
- No procederá, en general, el ejercicio de acciones por el Ministerio Fiscal ante la emisión de programas o la publicación de fotografías en los que aparezcan menores, en actividades con dimensión pública tales como concursos, debates, musicales, actividades deportivas etc., siempre que las propias circunstancias que rodeen la publicación excluyan el perjuicio para los intereses de los mismos (STS 1120/2008, de 19 de noviembre).
- Tampoco procederá, en general, el ejercicio de acciones por el Ministerio Fiscal ante la difusión de imágenes de menores en lugares públicos, cuando aparezcan 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.

VII.4.2 Legitimación pasiva

En la determinación de los sujetos responsables de la intromisión en los derechos al honor, intimidad y propia imagen, destaca la regulación contenida en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, *General de la Comunicación Audiovisual*

la identificación de los menores en el contexto de hechos delictivos o emisiones que discutan su tutela o filiación.

Pero no sólo esto debe considerarse prohibido. También, cualquier información que, por su contenido o la forma de presentación, pueda causar perjuicio para el menor (artículo 158 del Código Civil) y, particularmente, afectar a su dignidad.

De ahí que pueda ser declarada responsable solidaria más la empresa editora que la empresa productora, ya que es en definitiva aquella la que acepta la responsabilidad de la difusión y el contenido del programa, que se ha producido por medio de un auxiliar dotado de mayor o menor autonomía desde el punto de vista contractual.

El art. 9,3 de la Ley Orgánica 1/82, al hablar de los beneficios que sirven de punto de referencia a la indemnización, supone la responsabilidad de director y editor. Director y empresa editora orientan en general la publicación y escogen el personal de redacción.

Para el Tribunal Constitucional (SSTC 171 y 172/90 de 5 de noviembre) (Comandante Patiño), la responsabilidad solidaria del director que tiene derecho de veto sobre la publicación, y de al empresa que elige al director, no es contraria a la CE. Por su parte, el Tribunal Supremo ha venido aplicando por analogía la solidaridad de la Ley de Prensa (art. 65,2) al ámbito de la radio, en base a la doctrina general del TS sobre concurrencia de culpas, también aplicable a los supuestos de responsabilidad que regula la ley orgánica 1/82 en defecto de norma específica sobre este punto. La STS de 26 de febrero de 2008 (RA 2930) condena al autor del libro y a la editora en forma solidaria por afirmaciones injuriosas, sin admitir ni la previa exoneración por parte del autor ni argumentos defensivos en base al reportaje neutral.

La anterior doctrina fundamenta que la entidad propietaria del medio televisivo no pueda escudarse en la entidad que acaso asumió la confección del programa televisivo (empresa productora), al tratarse de meros auxiliares, sujetos al principio de culpa in eligendo o in vigilando que inspira el art. 1903 del Código Civil. Como dice la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Sevilla de 20-4-2001 (caso Isabel Pantoja), no puede el medio televisivo, ante un ataque al honor e intimidad hecho en programas en directo, escudarse en la productora del programa, pues conforme al art. 1902 del C.c. la dirección compra los productos y además sabe su contenido y la trayectoria de los intervinientes existiendo culpa in eligendo; también culpa in vigilando por cuando no ha establecido limitaciones a personas proclives a intromisiones en la intimidad permitiendo sin limitaciones la emisión en directo. Aparte de ello, el principio del beneficio que proporciona la audiencia del medio, determina la asunción del riesgo y consiguientemente, de la eventual responsabilidad.

La STS 201/2012 de 26 de marzo declara que existía intromisión ilegítima de la imagen, pero no de la intimidad, en la divulgación innecesaria y sin velar de los rostros de unos menores. No hubo compromiso del derecho a la intimidad porque no hubo revelación de datos de los menores. Absolvió de la demanda al presentador del programa porque no actuó como director ni tuvo el control, al no participar en la elaboración de las imágenes. Consideró adecuada la indemnización de instancia por el escaso tiempo de difusión y su rápida retirada de antena.

VII.4.3 Actuaciones preprocesales

El párrafo último del art. 5 EOMF, que mantiene su redacción de 2003, tras la reforma operada por la Ley 24/2007 de octubre, dispone que también podrá el Fiscal incoar diligencias preprocesales encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye.

Estas diligencias preprocesales constituyen el soporte procedimental idóneo para la actuación preparatoria de la presentación de una demanda civil o del acopio de los datos necesarios para decidir si tal demanda debe o no presentarse.

En las D. Preprocesales podrá oírse al menor y en su caso, a sus representantes legales para mejor valorar todas las circunstancias antes de decidir el ejercicio de acciones.

Puesto que, conforme al art. 10 de la LOPJM cualquier menor puede poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que promueva las acciones oportunas. La recepción de esta información también dará a la incoación de las correspondientes diligencias preprocesales.

VII. 4. 4 Competencia

Según el art. 52.1.6º LEC, la competencia viene determinada por el lugar de domicilio del menor afectado por la información. Cuando no lo tuviere en territorio español, la competencia se atribuirá al tribunal del lugar donde se hubiere producido el hecho que vulnera el derecho fundamental de que se trate. Este fuero es imperativo ya que trata de reforzar la posición jurídica del demandante que ordinariamente es la parte procesal más débil en su enfrentamiento con un medio de comunicación y al que se concede la mayor comodidad de litigar ante los órganos judiciales del lugar de su domicilio que será donde mayor incidencia haya podido tener la vulneración de sus derechos. Este carácter imperativo del fuero viene legalmente impuesto en el art. 54.1 LEC por lo que no cabe sumisión, ni expresa ni tácita.

Pero la Instrucción 2/2006 aporta ciertos matices cuando el Fiscal es el demandante. En principio, deberá presentar la demanda la Fiscalía del domicilio del menor. Cuando el menor resida en el extranjero o cuando se desconozca el lugar de su domicilio, en tanto el Fiscal no tiene propiamente domicilio, entrará en juego la regla subsidiaria, y habrá de presentar la demanda la Fiscalía del lugar donde se hubieran producido los hechos y lo deberá hacer conforme al fuero territorial de la localidad en donde se editó la publicación o se emitió el programa de radio o de televisión.

Será la Sección de Menores que primero tenga conocimiento de los hechos la que, a través de las diligencias preprocesales, debe practicar gestiones para determinar el fuero aplicable, remitiéndolas, en su caso, a la Fiscalía que considera competente conforme a los criterios legales expuestos.

La eventual controversia entre diferentes Fiscalías, por razón de la competencia, debe solucionarse con arreglo a los criterios establecidos por la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2000, de 27 de diciembre: en los casos de desacuerdo, se remite copia de todo con informe para su resolución al Fiscal Jefe de la Fiscalía del TSJ, si la misma fuera órgano fiscal superior común. De lo contrario, la remisión se efectuará a la Fiscalía General del Estado. El superior jerárquico sin más trámites decidirá lo que proceda en orden a la atribución de competencia.

VII.4. 5 Procedimiento

El art. 249 LEC dispone que se decidirán en juicio ordinario, cualquiera que sea la cuatía, las demandas que pretendan la tutela del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen en los que será parte necesaria el Ministerio Fiscal y cuya tramitación tendrá carácter preferente.

Se trata de un proceso de cognición, ordinario, plenario y de efectos condenatorios por el que se solicita del órgano jurisdiccional competente una condena al causante de una intromisión ilegítima en los derechos fundamentales indicados, a la cesación de la misma y al pago de los daños y perjuicios causados por la intromisión. Como rasgos esenciales de este procedimiento podemos destacar:

- Es proceso de cognición encaminado a obtener sentencia condenatoria.
- Es proceso ordinario aunque con especialidades. La expresión legal “proceso sumario” se refiere a proceso brenó, no al proceso sumario tal como considera este término la doctrina procesal dominante.
- Es plenario porque la sentencia produce plenitud de efectos sin que concurra ninguna de las notas que caracteriza los procesos sumarios.
- Es condenatorio ya que el Juez no se limita a declarar la existencia de la injerencia ilegítima en el derecho fundamental, sino que condena al cese de la misma y al pago de los daños y perjuicios.

VII.4. 6 Las medidas cautelares

Las medidas cautelares están destinadas a obtener el cese inmediato de la intromisión ilegítima. Su finalidad no es otra que la de asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial relativo precisamente a los derechos e intereses legítimos llevados ante los jueces y tribunales en el proceso principal en el que se resuelve la cuestión de fondo (STC 159/2008, de 12 de diciembre). La CE establece la prohibición de la censura previa (art. 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 de publicaciones, grabaciones y otros medios de información sin que medie resolución judicial (artículo 20.5), destacando en este mismo sentido la STC 187/99, de 25 de octubre.

Según se reconoce en la STC 34/2010, de 19 de julio, el art. 9.2 LO 1/82 cumple con las exigencias de concreción y previsibilidad que permiten apoyar la prohibición de difusión de una obra audiovisual en tanto en cuanto se trate de una medida provisional y temporal, accesoria a un juicio declarativo sobre el fondo de la cuestión y acordada con estricta observancia de las normas procesales que regulan su adopción.

El Fiscal podrá solicitar al Juzgado competente, en el marco de la previsión contenida en el art. 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).

VII.4. 7 Sentencia

Se dicta en los plazos establecidos para el procedimiento ordinario. En ella pueden dictarse las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima, restablecer al perjudicado en el pleno ejercicio de sus derechos, prevenir e impedir intromisiones ulteriores y fijar la indemnización por daños materiales y morales, determinando a quien corresponde la indemnización

Contra la sentencia que se dicte en segunda instancia cabrá en todo caso recurso de casación, conforme a lo dispuesto en el vigente art. 477.2.1º LEC.

Al redactar su demanda, el Fiscal ha de identificar primero el derecho fundamental lesionado, especificando sus caracteres más esenciales, para comprobar acto seguido, si la intromisión puede estar amparada en el art. 20 de la Constitución. En caso negativo, debe partir (art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982) de que la existencia de perjuicio se presume siempre que se acredite la intromisión ilegítima y de que la indemnización se extiende al daño moral para cuya valoración – esencialmente casuística - ha de atenderse a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida. Para ello será preciso tener en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido y el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.

Especialidad de esta demanda es que se ha de presentar dentro de los cuatro años siguientes a la intromisión, por ser la fecha de caducidad señalada en el art. 9 de la LO 1/82.

Cabe adoptar (art.9.2 LO 1/82) medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores.

La indemnización que en su caso solicita el Fiscal, sólo puede ser a favor del menor cuyos derechos han sido transgredidos. Cuando, sus representantes legales son también demandados por haber consentido o tolerado la intromisión ilegítima, el Fiscal debe solicitar la adopción de las medidas necesarias para garantizar la administración leal de la suma que se obtenga hasta la mayoría de edad del menor. Entre estas posibles medidas, se encuentra cabría adoptar la de interesar el ingreso de la indemnización en régimen de plazo fijo bancario hasta la mayoría de edad, o el nombramiento de administrador judicial, conforme a lo dispuesto en el art. 167 CC. Como hemos visto, el art. 158.4 CC proporciona una sólida base para que el órgano jurisdiccional adopte las disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

VII.4 8 Ejecución,

El 525 LEC, reformado por LO 19/2003 de modificación de la LOPJ, enumera las Sentencias que específicamente quedan excluidas de la ejecución provisional, y entre ellas, los pronunciamientos de carácter indemnizatorio de las sentencias que declaren la vulneración de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

BIBLIOGRAFÍA

ALAEZ CORRAL, Benito *Minoría de edad y derechos fundamentales* Tecnos Madrid 2003

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO R. *Patria potestad y protección del menor: conflicto de su derecho a la vida y a la salud con el derecho a la libertad religiosa de sus progenitores.* Ar. Civ. 2002

CAMPOY CERVERA Ignacio *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección* Dykinson Madrid 2006

CILLERO M. “*El interés superior del niño en el marco de la convención internacional de los derechos del niño en Unicef* *Justicia y Derechos del niño* nº 9

DE LA ROSA CORTINA JM. “Medios de comunicación, menores y proceso penal” en *Curso sobre menores sometidos al sistema de Justicia Juvenil.* Purchena 2009.

DE LA PALMA DEL TESO, Á. *La condición legal de menor no acompañado en nuestro Derecho de extranjería. Definición común en la Unión europea, la kafala del Derecho islámico.*

DEL MORAL GARCÍA, A. *El ministerio Fiscal y el absentismo escolar* en “Jornadas sobre menores en edad escolar: conflictos y oportunidades”, organizadas por la Consellería de Educación del Govern des Illes Balears y la Fiscalía del TSJ des Illes Balears.

DE MELO EGIDIO PERERIRA M^a Mariana. *Decisiones de conciencia en Derecho Penal* **ario La Ley**, Nº 7409, Sección Doctrina, 25 May. 2010, Año XXXI, Editorial **LA LEY**

DOLZ LAGO Manuel *Sectas destructivas y Derecho Civil y del Menor* en el curso *Sectas destructivas y Derecho Penal y Civil* CEJ 2010

DOMINGUEZ LUELMO, A. *Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación* en *Derecho Sanitario y Responsabilidad médica: comentarios a la Ley 41/2002* LEX NOVA 2^a Edición 2007

DOPICO GÓMEZ ALLER Jacobo *Problemas del consentimiento informado por representación*

FÁBREGA RUIZ, Cristóbal *Protección Jurídica del Menor Inmigrante.* Colex, Madrid 2001

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. B. *El desamparo y la protección de los menores inmigrantes.* Thomson-Aranzadi. Pamplona, 2007,

FERREIRÓS MARCOS C.E. :

- *Protección reforzada de colectivos vulnerables. Problemas emergentes* en Curso de Especialización en Protección Jurídica y Responsabilidad Penal de Menores de Edad junio 2013 CEJ Madrid
- *Defensa del Derecho a la enseñanza obligatoria: el papel del Ministerio Fiscal.* Fundación AEQUITAS y Consejo General del Notariado España. Madrid 2011
- *PROTECCIÓN DE MENORES (E-BOOK). Salud y consentimiento informado. Experimentación en seres humanos.*

HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR L. en “*El Niño y los derechos humanos*” en “*Los derechos de los niños. Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*”. Obra en colaboración. Dykinson 2007

HODGKIN R. y NEWELL P. *Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño* UNICEF 2004

LAINO PEREYRA Silvia *Autonomía progresiva de la voluntad* en *Manual para la defensa jurídica de los derechos de infancia* Unicef Uruguay 2012

LINACERO DE LA FUENTE, M. *La protección del menor en el derecho civil español. Comentario a la Ley 1/1996, de 15 de enero.* La Ley Actualidad Civil ref. LXXVI

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. *La protección jurídico civil de la persona por razón de la menor edad* ADC 1992

MARTÍNEZ PEREDA RODRIGUEZ José Manuel *La minoría madura* en el IV Congreso nacional de Derecho Sanitario AEDS Madrid 1998

MORENO VÍCTOR *La exploración del menor en procesos civiles de nulidad, separación y divorcio. El difícil equilibrio entre la intimidación del menor y el derecho a la tutela judicial efectiva* La ley 7378 Sección Tribuna Abril 2010 año XXXI

NIETO ALONSO Antonia *La relevancia del consentimiento del menor. Especial consideración a la anticoncepción en la adolescencia: garantías jurídicas de los menores y de los profesionales de la salud.* Las Ley 7041 Sec. Doctrina 24 de octubre de 2008 Año XXIX

NIETO GARCÍA Ángel Juan *,Derecho de asilo de menores, menores extranjeros no acompañados y otras personas vulnerables* La Ley nº 7597 Sec. Doctrina 25 de marzo de 2011. XXXII Madrid

PROYECTO *SOLIDARIDAD DE RESPONSABILIDADES: Identificación e intervención con los menores extranjeros solicitantes de asilo* UPComillas Madrid 2009

RIVERO HERNÁNDEZ Francisco

- *Intervenciones corporales obligatorias y tratamientos sanitarios obligatorios en AAVV Internamiento involuntarios, intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios* CGPJ Madrid 2000 pag. 207 y ss.
- *El interés del menor* Dykinson Madrid

ROCA Y TRÍAS E. *La función del derecho para la protección de la persona ante la biomedicina y la biotecnología* en Romeo Casabona (coord.) *Derecho biomédico y bioética*. Comares. Granada 1995

RODRIGUEZ FERNÁNDEZ R. *Novedades jurisprudenciales en el ámbito sanitario* La Ley nº 8033 Sec. Doctrina 28 de febrero de 2013 Año XXXIV

ROMEO CASABONA Carlos M^a

- *¿Límites a la posición de garante de los padres respecto al hijo menor? (la negativa de los padres, por motivos religiosos, a una transfusión de sangre vital para el hijo menor)* en Revista de Derecho Penal y Criminología UNED nº 2 pag. 327 y ss
- *El consentimiento informado en la relación entre el médico y el paciente: aspectos jurídicos*. VVAA *Problemas prácticos del consentimiento informado*. Publicaciones Fundación Frifols, Barcelona 2002, pg 106 y ss

SÁNCHEZ GONZÁLEZ M.P. *Implicaciones jurídicas del rechazo de un tratamiento médico vital para un menor (en torno a la Sentencia del TC 154/2002, de 18 de julio)*. PDDNº 2, 2003

SANTOS MORÓN M^a José *Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la STC 154/2002, de 18 de julio* en La Ley 2002-7 pag. 1632 y ss

ANEXO I

TRADUCCIÓN NO-OFICIAL

**Recomendación CM/Rec(2012)11
del Comité de Ministros a los Estados miembros
sobre el *papel del Ministerio Fiscal fuera del sistema de Justicia Penal***

*(Adoptada por el Comité de Ministros el 19 de septiembre de 2012
1151ª sesión Ministros Delegados)*

El Comité de Ministros, al amparo del art. 15.b del Estatuto del Consejo de Europa,

- Recordando que el objetivo del Consejo de Europa es conseguir una mayor unidad entre sus miembros, *inter alia*, con el propósito de salvaguardar y realizar los ideales y principios que son herencia común,
- Recordando también que cada miembro del Consejo de Europa ha aceptado la vigencia del principio de legalidad y el disfrute por todas las personas de los derechos humanos reconocidos por la Convención de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (ETS No. 5);
- Consciente de que en muchos Estados miembros, a causa de sus tradiciones legales, el Ministerio Fiscal, al margen de su papel en el sistema de Justicia Penal, tiene otras funciones que varían considerablemente en los diferentes ordenamientos legales nacionales.
- Teniendo en cuenta que en las distintas legislaciones internas este papel puede incluir la representación del interés público o general, la ayuda legal a los individuos en la protección de sus derechos humanos y libertades fundamentales, la representación del Estado ante los Tribunales, la supervisión de organismos públicos y entidades y el asesoramiento de los Tribunales y que, además, la naturaleza de estas funciones puede variar en el ámbito del Derecho Público y del Derecho Privado,
- Tomando en consideración la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en particular en el terreno de los principios procesales,
- Recordando la Recomendación Rec(2000)19 a los Estados miembros sobre *el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de Justicia Penal*;
- Teniendo en cuenta la Opinión No. 3 (2008) del Consejo Consultivo de Fiscales europeos (CCPE) sobre “El papel del Ministerio Fiscal fuera del ámbito de la justicia penal” y las conclusiones de las Conferencias de Fiscales Generales de Europa celebradas en Budapest (29-31 May 2005) y San Petersburgo (2-3 July 2008),

- Recordando los principios establecidos en la Opinión colectiva del Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE) y el CCPE sobre las relaciones entre jueces y Fiscales en una sociedad democrática (“-Declaración de Burdeos”) de 18 Noviembre 2009, y en particular, en la medida en que atañe a los Fiscales que tienen funciones ajenas al ámbito de la Justicia Penal;
- Tomando nota de el informe 2010 de la Comisión europea para la *Democracia a través de la Ley* (Comisión Venecia) sobre estándares europeos en relación con la independencia del sistema judicial (Parte II: el Ministerio Fiscal) y sus diferentes consideraciones en esta materia,
- Teniendo en cuenta la ausencia de estándares legales internacionales comunes relativos a las áreas, funciones y organización del Ministerio Fiscal en ámbitos ajenos al sistema de Justicia Criminal.

Convencidos por consiguiente de la necesidad de establecer en los Estados miembros principios comunes en relación con la función del Ministerio Fiscal fuera del sistema de Justicia Penal

Recomendamos que, allí donde el Ministerio Fiscal tenga funciones ajenas a la Justicia Penal, los Estados miembros acometan todos los pasos necesarios y apropiados para asegurar que esas funciones son ejercidas con especial consideración a la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales y en completa consonancia con el principio de legalidad y el derecho a un juicio justo, y que para tal propósito, tomen en consideración los principios mencionados en el siguiente Apéndice.

Apéndice a la Recomendación CM/Rec(2012)11

Ámbito

1. Esta Recomendación y los principios establecidos en este Apéndice se aplican en todos los casos en los que la legislación nacional encomiende al Ministerio Fiscal funciones ajenas al sistema de Justicia Penal.

Función del Ministerio Público

2. Donde la legislación nacional encomiende al Ministerio Fiscal responsabilidades y atribuciones en ámbitos ajenos al de la Justicia Penal, su función abarca la representación y defensa del interés público y general, la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales y la defensa del principio de legalidad.

Principios comunes

3. Las responsabilidades y atribuciones del Ministerio Fiscal fuera del sistema de Justicia Penal deben en todos los casos venir establecidas por la ley y estar claramente definidas para evitar cualquier ambigüedad.

4. Al igual que en el ámbito de la Justicia Penal, el Ministerio Público debe ejercitar sus funciones de acuerdo con el principio de legalidad, con criterios de objetividad, justicia e imparcialidad.
5. La Recomendación Rec(2000)19 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre *el papel del Ministerio fiscal en el sistema de Justicia Penal* deberá aplicarse, *mutatis mutandis*, a las responsabilidades y atribuciones del Ministerio Público fuera del sistema de Justicia Penal en todo aquello que se relacione con:
 - las salvaguardas y garantías que le permitan desempeñar sus funciones
 - sus relaciones con el poder ejecutivo, legislativo y judicial y
 - sus deberes y responsabilidades hacia los individuos
6. Los miembros del Ministerio Fiscal deben mantener en el desempeño de sus funciones una actitud tan abierta y transparente como sea posible, a la vez que totalmente respetuosa con su deber de confidencialidad.
7. La conducta de los Fiscales debe estar regida por códigos de ética apropiados.
8. El Ministerio Fiscal debe disponer de los necesarios recursos financieros y humanos y beneficiarse de la formación adecuada con el fin de desempeñar debidamente sus responsabilidades fuera del sistema de Justicia Penal.
9. Con la finalidad de armonizar las políticas y las prácticas en la jurisdicción nacional, el Ministerio Fiscal deberá difundir información y guía sobre las mejores prácticas de su actuación en ámbitos ajenos a la Justicia Penal.

Principios aplicables a las específicas responsabilidades y atribuciones del Ministerio Fiscal en ámbitos ajenos al sistema del Justicia Penal

En relación con el acceso a la justicia y a los recursos legales

10. Las competencias del Ministerio Fiscal fuera del sistema de Justicia Penal no pueden articularse de modo que restrinjan los derechos de cualquier persona natural o jurídica para acceder a la Justicia, actuar como defensor o para defender sus propios intereses ante un Tribunal independiente e imparcial, incluso en los casos en los que el Ministerio Público es o intenta ser parte.
11. Donde el Ministerio Público deba tomar una decisión que afecte a los derechos y obligaciones de las personas naturales o jurídicas, sus atribuciones debe ser estrictamente limitadas, definidas en la ley y venir establecidas sin perjuicio del derecho de las partes a plantear cuestiones de hecho o de derecho ante un tribunal imparcial e independiente. El Ministerio Fiscal deberá actuar con total independencia de cualquier otro poder, sus decisiones han de estar razonadas y ser comunicadas a las personas afectadas.

En relación con los procedimientos en los que el Ministerio Fiscal es parte principal

12. Las facultades del Ministerio Público para iniciar procedimientos legales o intervenir en ellos, no deberían comprometer el principio de igualdad de armas entre las partes en litigio.
13. El Ministerio Fiscal no debe retener evidencias significativas relacionadas con las cuestiones en disputa.
14. La atribución para la realización de investigaciones de carácter preprocesal deberá venir establecida en la ley, ejercitarse de manera razonable y que no confiera una ventaja desproporcionada al Ministerio Fiscal.
15. En los casos en que intereses individuales sean representados por el Ministerio Fiscal debe permitirse al afectado ser parte en los procedimientos, sin perjuicio de la intervención del Ministerio Fiscal en cualquier procedimiento en que esté comprometido el interés público o general.
16. Los derechos del Ministerio Público para apelar o instar cualquier otra forma de revisión de una decisión judicial por un órgano superior, no pueden ser diferentes de los que se reconocen a las demás partes en el procedimiento y estarán sometidos a las mismas condiciones, incluidas los límites temporales, para la interposición de reclamaciones.

En relación con los procedimientos judiciales en los que el Ministerio Fiscal interviene sin ser parte principal

17. Las partes en los procedimientos deberán ser informadas por el Fiscal o por el Tribunal de la decisión del Fiscal de intervenir o de unirse al procedimiento.
18. Allí donde el Ministerio Público presente un informe ante el Tribunal, su opinión deberá trasladarse a todas las partes con el tiempo suficiente para tomar conocimiento de la misma y estudiarla. De no hacerse así, la audiencia pública deberá ser aplazada.
19. Las partes del procedimiento deben tener la oportunidad de comentar el informe del Fiscal y de presentar sus argumentos en contra.
20. El Fiscal no podrá participar en las deliberaciones del Tribunal ni dar la impresión de que lo ha hecho.
21. Los principios sostenidos en el punto 16 se aplican también a este subapartado.

En relación con los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada

22. Para cumplir con los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada los supuestos en los que el Fiscal puede pedir la revisión de la decisión firme de un Tribunal deben estar ceñidos a casos excepcionales y someterse a límites temporales razonablemente limitados. Excepto en los casos en los que la revisión no se refiera

a los derechos y obligaciones de las partes, y así se desprenda de la decisión de cuya revisión se trata, las partes del procedimiento original deben ser informadas acerca del procedimiento revisorio y así tener la oportunidad de unirse al procedimiento, si lo estiman conveniente.

Función del Ministerio Fiscal como órgano supervisor

23. Cuando el Ministerio Fiscal tenga un papel supervisor respecto de autoridades locales y regionales, también respecto de otras entidades legales, para garantizar su correcto funcionamiento de acuerdo con la ley, deberá ejercitar sus atribuciones con independencia, transparencia y en completo acuerdo con el principio de legalidad.
24. En relación con las entidades privadas, el Ministerio Fiscal solo deberá tener la posibilidad de ejercitar su papel supervisor en los casos en los que haya fundamentos razonables y objetivos para creer que la entidad privada en cuestión está violando sus obligaciones legales, incluyendo aquellas derivadas de la aplicación de tratados internacionales sobre derechos humanos.
25. Las autoridades u otras entidades jurídicas interesadas en cualquier acción llevada a cabo por el Ministerio Fiscal de acuerdo con los apartados 23 y 24 deben poder estar facultadas para hacerse representar y ejercitar acciones ante los tribunales.

Cooperación nacional e internacional

26. En el ejercicio de sus funciones, el Ministerio Fiscal deberá establecer y , cuando sea apropiado, desarrollar una cooperación o contacto con el Defensor del Pueblo o institución similar u otras autoridades nacionales, regionales o locales, así como con representantes de la sociedad civil, incluyendo organizaciones no gubernamentales.
27. Debe darse apoyo para la cooperación entre los Fiscales con responsabilidades y funciones ajenas al sistema de Justicia Penal, así como mutua asistencia práctica, ambos dentro del marco de los tratados internacionales vigentes.

ANEXO II

TRADUCCIÓN NO OFICIAL

Recomendación del Comité de Ministros a los Estados Miembros/ Rec(2012)2 sobre la participación de niños y jóvenes menores de 18 años

*Adoptada por el Comité de Ministros el 28 de marzo de 2012
(En la 1138ª sesión)*

El Comité de Ministros, al amparo del art. 15.b del Estatuto del Consejo de Europa,

considerando que el propósito del Consejo de Europa es aumentar la unidad entre sus miembros mediante la promoción de normas comunes,

considerando la necesidad de asegurar la efectiva implementación de los instrumentos internacionales y europeos existentes para la protección de los derechos de los niños y en particular:

- La Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (ETS No. 5);
- La Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos de los niños (ETS No. 160);
- La Carta Social Europea (revisada) (ETS No. 163);
- La Convención del Consejo de Europa sobre Protección de los Menores contra la explotación sexual y el abuso sexual (CETS No. 201);
- El Convenio Europeo sobre Adopción (revisado) (CETS No. 202);
- La Convención (UN) de los Derechos del Niño (UNCRC);
- La Convención (UN) de los Derechos de las Personas con discapacidad

Teniendo en cuenta:

- Los objetivos del Consejo de Europa en las áreas de los derechos de los niños y las políticas de juventud
- La tercera cumbre de jefes de Estado y Gobierno del Consejo de Europa (Varsovia 2005) y el compromiso al que allí se llegó para cumplir plenamente las obligaciones de la Convención de los Derechos del Niño (UNCRC)
- La Resolución CM/Res(2008)23 del Comité de Ministros de los Estados miembros de la UE sobre *la política juvenil en el Consejo de Europa*;
- Las principales conclusiones de la 8ª Conferencia de Ministros del Consejo de Europa responsable del sostenimiento de la juventud entre 1985 and 2008;
- El Programa del Consejo de Europa *Construyendo una Europa por y con los niños*” y el énfasis estratégico en la promoción de la participación infantil.

Recordando as recomendaciones relativas a la participación de los niños y jóvenes, adoptadas por el Comité de Ministros, el Parlamento y el Congreso de Autoridades Locales y Regionales del Consejo de Europa, y en particular,

- La Recomendación Rec(2005) 5 sobre *los derechos de los niños que viven en instituciones residenciales*
- La Recomendación Rec(2006) 14 sobre *ciudadanía y participación de los jóvenes en la vida pública*
- La Recomendación Rec(2006)19 sobre *apoyo a la parentalidad positiva*;
- La Recomendación CM/Rec(2009)10 sobre *estrategias nacionales integrales para la protección de los niños contra la violencia*
- La Recomendación CM/Rec(2010)7 sobre *la Carta del Consejo de Europa sobre Educación para la ciudadanía democrática y derechos humanos*;
- Líneas maestras del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre *una Justicia amiga de los niños* (2010)
- Recomendación del Parlamento 1864 (2009) sobre *Promoción de la participación de los niños en los asuntos que les conciernen*;
- La Recomendación 128 (2003) de el Congreso de Autoridades Locales y Regionales de el Consejo de Europa para la revisión de la Carta Europea sobre *La participación de los jóvenes en la vida local y regional*;

Invocando la UNCDC y en particular, el art. 12 :

- *Los Estados partes asegurarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todas las materias que le afecten y a que sea tenida en función de la edad y madurez del niño.*
- *Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.*

El art. 12, como principio general, está conectado con todos los demás artículos de la UNCDC y en particular con el art. 2 (no discriminación) art 3 (interés superior del niño) art. 4 (orientación de los padres y evolución de las facultades del niño), art. 6 (vida, supervivencia y desarrollo), art. 13 (libertad de expresión), art. 15 (libertad de asociación) y art. 17 (derecho a la información)

Convencidos de que:

- el derecho a ser escuchado y tomado en consideración es fundamental para la dignidad humana y el libre desarrollo de todos niños y jóvenes;

- escuchar a los niños y jóvenes y tomar debidamente en consideración sus opiniones de acuerdo con su edad y madurez es necesario para la efectiva implantación de su derecho a que sus intereses sean una consideración primaria en todos los asuntos que les conciernan y para la protección efectiva frente a la violencia, el abuso, la negligencia y el maltrato.
- las capacidades que tienen los niños y jóvenes y las contribuciones que pueden hacer son un recurso único para fortalecer los derechos humanos, la democracia y la cohesión social de las sociedades europeas.

Recomendamos que los Gobiernos de los Estados miembros:

1. Garanticen que todos los niños y jóvenes puedan ejercitar su derecho a ser escuchados, a ser tomados en consideración y a participar en la toma de decisión en todos los asuntos que les conciernen, siendo sus opiniones debidamente tomadas en cuenta de acuerdo con su edad y madurez.
2. Estimulen el intercambio de conocimiento y de buenas prácticas en la implementación de esta recomendación a nivel local, regional, nacional y europeo, en colaboración con la sociedad civil.
3. Tomen en consideración en su legislación, sus políticas y sus prácticas los principios y medidas contenidos en el Apéndice de esta recomendación.
4. Se aseguren de que esta Recomendación, incluyendo su Apéndice, sea traducida y tan difundida como sea posible, incluso entre niños y jóvenes, mediante los medios de comunicación que les son más propios y familiares.

Se insta al Secretario General a fomentar la participación de niños y jóvenes en el establecimiento de estándares de organización y en la cooperación y evaluación de actividades así como para transmitir la presente recomendación a los comités directivos relevantes del Consejo de Europa, cuerpos consultivos y otros mecanismos destacados de supervisión, invitándoles a tomarla en consideración en sus respectivos ámbitos.

Se insta al Secretario General a transmitir la recomendación a todos los Estados partes de la Convención Europea de Cultura que no son miembros del Consejo de Europa. (ETS No. 18)

Apéndice a la Recomendación CM/Rec(2012)2

Sección I – Definiciones

Para el propósito de la presente recomendación:

- “niños y jóvenes” alude a cualquier persona menor de 18 años;⁵⁵
- “participación” relaciona a individuos y grupos de individuos, con el derecho, los medios y el espacio, la oportunidad y cuando sea necesario, la ayuda para expresar libremente sus opiniones, ser escuchados y contribuir a la toma de decisiones en las materias que les afecten, de manera que se tome adecuadamente en consideración sus opiniones conforme a su edad y madurez.

Sección II – Principios

No hay límite de edad en el derecho de niños y jóvenes a la libre expresión de sus opiniones. Durante la etapa preescolar, escolar y la de educación a tiempo completo, tienen derecho a ser escuchados en las materias que les conciernen y a que sus opiniones sean debidamente tomadas en cuenta de acuerdo con su edad y madurez.

El derecho de los niños y jóvenes a participar se aplica sin discriminación alguna por razón de raza, sexo, idioma, religión, política u opinión, nacionalidad u origen social, propiedad, discapacidad, nacimiento, orientación sexual o cualquier otro estatus

Es preciso considerar la noción de capacidades evolutivas de niños y jóvenes. Dado que los menores adquieren capacidades, los adultos deben estimular debidamente esa capacitación. Los esfuerzos deben ser más intensos para posibilitar la participación de niños y jóvenes con menores oportunidades, incluyendo aquellos que son vulnerables o están afectados por distintas causas de discriminación.

Los padres y representantes legales son los primeros responsables de la crianza y educación de los niños y como tales, juegan un papel fundamental en la promoción del derecho del niño a participar desde su nacimiento en adelante.

Para hacer efectiva una participación completa y genuina debe proporcionarse a niños y jóvenes toda la información precisa y ofrecérseles la ayuda necesaria para una autodefensa de sus derechos, adecuada a su edad y circunstancias.

Para que la participación sea efectiva, completa y sustancial es preciso entenderla como un proceso y no como un hecho único o aislado y requiere constante compromiso en términos de asignación de tiempo y de recursos

⁵⁵ 18 años es el límite general de mayoría de edad en los Estados miembros del Consejo de Europa. La UNCDC define a todos los menores de 18 años como niños aunque se recurra a la expresión jóvenes para aludir a los niños mayores de 12 o 13 años. Incluso los mayores de 13 a 17 años son designados como adolescentes o jóvenes con preferencia a “niños”. A efectos estadísticos, UN propone incluir entre los jóvenes a las personas entre los 15 y 24 años de edad. Pero esta definición se entiende sin perjuicio de la definición legal del niño que manejan tanto la UNCDC como otros importantes tratados internacionales..

Los niños y jóvenes que ejerciten su derecho a expresar libremente sus opiniones deben estar protegidos frente a cualquier daño, incluyendo intimidación, represión, acoso y violación de su derecho a la privacidad

Los niños y jóvenes deben ser adecuadamente informados del ámbito de su participación, incluyendo las limitaciones de su implicación, de los resultados actuales y esperados de su participación y de la manera en que sus opiniones han sido tomadas en consideración.

En línea con el “comentario general” del art. 12 UNDCD, todos los procesos en los que niños y jóvenes sean escuchados deben ser transparentes e informativos, voluntarios, respetuosos, relevantes para las vidas de los niños y desarrollarse en ambiente amistoso, no discriminatorio, bajo criterios de capacitación, seguridad y sensibilidad al riesgo y responsabilidad.

Los Estados miembros deben integrar estos requisitos o requerimientos en la legislación y en otras medidas para la implementación de esta recomendación.

Sección III – Medidas

Protección del derecho de participación

Para proteger el derecho a participar de niños y jóvenes, los Estados miembros deben:

- Proporcionar la mejor protección legal posible para el derecho de niños y jóvenes a la participación en el nivel constitucional, legal y reglamentario.
- Llevar a cabo evaluaciones periódicas sobre la forma en que las opiniones de los niños y jóvenes son escuchadas y tomadas en consideración en la legislación, las políticas y las prácticas y asegurar que en estas evaluaciones periódicas, las valoraciones de los niños y jóvenes son también tomadas debidamente en cuenta.
- Proporcionar a los niños y jóvenes posibilidades efectivas de rectificación de decisiones y soluciones de conflictos mediante procedimientos amistosos, judiciales y administrativos, incluyendo el acceso a la asistencia y apoyo en su utilización, asegurándose de que tales mecanismos están disponibles para niños y jóvenes.
- Establecer, en los ámbitos en que hay niños y jóvenes especialmente vulnerables especiales garantías frente a la violación de sus derechos, particularmente respecto de los niños separados de sus padres, procedentes de grupos minoritarios, afectados de discapacidad y los que viven en instituciones.
- Revisar, buscar y eliminar en las leyes o las prácticas cualquier restricción que limite el derecho de los niños y jóvenes a ser escuchados en todas las materias que les conciernen.

- Empezar de manera coordinada el fortalecimiento de la participación de los niños y jóvenes y asegurar que la misma resulta determinante en los procesos y estructuras de toma de decisiones.
- Establecer, si es que no existe ya, una institución apropiada e independiente de defensa de derechos humanos como un defensor del pueblo, defensor del menor o comisionado de derechos de los niños, en línea con los principios de París.⁵⁶
- Destinar recursos financieros adecuados y recursos humanos competentes para apoyar la participación de los niños y jóvenes en marcos y contextos formales e informales.

Promoción e información sobre el derecho de participación

Para la difundir información y aumentar el conocimiento sobre la participación de los niños y jóvenes, los Estados miembros deberán:

- Llevar a cabo información pública y programas informativos, para concienciar al público en general, niños, padres, jóvenes y profesionales del derecho de participación de los niños y jóvenes;
- Incrementar la cualificación profesional sobre participación de niños y jóvenes mediante la concienciación al respecto de los profesores, abogados jueces, policía, trabajadores sociales, psicólogos, cuidadores, encargados de instituciones y servicios sociales, prisiones, instituciones sanitarias, profesionales de la salud, funcionarios, oficiales de inmigración, líderes religiosos y profesionales de los medios de comunicación, así como líderes de organizaciones de niños y jóvenes. Cuando sea posible, los niños y jóvenes, por sí mismos, deberán implicarse en esta capacitación como entrenadores y expertos.
- Proporcionar a niños y jóvenes la información adecuada a su edad y circunstancias, incluyendo formas no escritas a través de redes sociales y otros medios, en sus derechos y en particular, su derecho a participar , las oportunidades disponibles para ellos en este sentido, y dónde pueden conseguir apoyo para aprovechar esas oportunidades.
- Incluir los derechos en los niños y jóvenes, incluso el derecho de participación, como componente del *curriculum* escolar
- Sugerir la instrucción en los derechos de niños y jóvenes en el curriculum académico de todas las profesiones relacionadas con el cuidado o enseñanza de niños y jóvenes.
- Estimular la investigación en, con y por los niños y jóvenes con una perspectiva que permita un mayor entendimiento de las opiniones y experiencias de los niños y

⁵⁶ Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 48/134 de 20 Diciembre 1993.

jóvenes identificando los obstáculos a su participación así como las formas de superarlos.

- Promover el apoyo mutuo entre compañeros así como redes de información entre niños y jóvenes con miras a construir su capacidad para ejercitar su derecho de participación.

Creación de espacios para la participación

Para maximizar las oportunidades de todos los niños y jóvenes a participar en todos los asuntos que les conciernen, los Estados miembros deberán:

- Estimular a padres y cuidadores a través de la legislación y programas de capacitación de los padres para respetar la dignidad humana del niño o joven, y sus derechos, sentimientos y opiniones.
- Crear oportunidades para el diálogo intergeneracional en orden a estimular el respeto mutuo y la cooperación.
- Establecer la participación activa de los niños y jóvenes en todos los aspectos de la escuela, especialmente a través de métodos formales e informales de enseñanza y aprendizaje en todos los ámbitos escolares, y a través de la integración de los consejos de alumnos en el gobierno de la comunidad escolar.
- Proporcionar educación de forma que respete la dignidad humana del niño o joven y que posibilite la libre expresión de sus opiniones y la participación en la vida escolar por ejemplo, a través del uso de medios de enseñanza interactivos y del reconocimiento de la educación no formal y del aprendizaje informal.
- Fomentar de la implicación del niño y joven en la vida asociativa y comunitaria, del aprendizaje intercultural, los deportes, el ocio y las artes así como del trabajo conjunto con niños y jóvenes para el diseño de métodos informales y accesibles de participación.
- Invertir en ONG dirigidas por niños y jóvenes como espacios favorables para el aprendizaje, la ejercitación de la democracia y la ciudadanía.
- Establecer cuerpos consultivos para niños y jóvenes a nivel local o nacional como consejos de niños y jóvenes, asambleas y foros.
- Asegurar que los proveedores de servicios a las familias animen a los niños y jóvenes a participar en su desarrollo, entrega y evaluación.
- Aumentar las oportunidades de niños y jóvenes para expresarse a través de los medios y de participar con seguridad de las tecnologías de información y comunicación como herramienta complementaria de la participación directa o presencial y al mismo tiempo, trasladar a los medios y las tecnologías de la información una mayor comprensión de los principios de la participación.

- Aumentar las oportunidades de los niños y jóvenes para participar en la vida pública y en los cuerpos democráticos, incluso como representantes.
- Apoyar a los niños y jóvenes y a sus organizaciones para que participen en la supervisión de la implementación del art. 12 y otros importantes de la UNCDC así como de los instrumentos relevantes del Consejo de Europa y de otros estándares internacionales sobre derechos de los niños.

(TRADUCCIÓN NO OFICIAL)

ANEXO III

DICTAMEN 3/2013 sobre actuaciones del Fiscal en relación con la aparición de menores de edad con discapacidad en medios de comunicación

Sumario: I.- Introducción; II.- Carácter de la intervención del Ministerio Fiscal; III.- Contenidos intolerables: III.1 Vigencia de la Instrucción FGE 2/2006; III.2 Desarrollo normativo; III.3 Niños y niñas con discapacidad: III.3. 1 La imagen social de las personas con discapacidad; III.3.2 El marco de lo intolerable: la discriminación; IV.- El Convenio de colaboración suscrito entre la FGE y el CERMI; V.- Conclusiones

I.- INTRODUCCIÓN

Frecuentemente aparecen en televisión niños y niñas con discapacidad. Aludiendo a estas emisiones y programas, los informes que las Secciones de Menores elaboran para la confección de la Memoria anual del Fiscal General del Estado indican que habitualmente es la propia productora del programa y no los representantes legales de los niños, quien realiza las comunicaciones que prevé la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen. La finalidad de esta comunicación es obtener aprobación o visto bueno del Fiscal para la emisión.

Aunque el contenido de tales comunicaciones al Fiscal varía en función de la orientación del programa, cuando atañen a niños con discapacidad concurren una serie de cuestiones que exigen particular atención desde la triple perspectiva que proporcionan:

- los derechos de las personas menores de edad
- los principios de la Convención para la Protección de los derechos de las personas con discapacidad, aprobada por la Asamblea de UN el 13 de diciembre de 2006 y suscrita y ratificada por España en 2007 (BOE 21 de abril de 2008), en adelante CDPCD.
- la necesidad de evitar tratamientos interesados, sensacionalistas o instrumentales de la discapacidad.

El presente dictamen pretende sistematizar una serie de pautas para resolver adecuadamente tales cuestiones.

El punto de partida será siempre la protección reforzada que ha de dispensarse a los niños con discapacidad en tanto son personas menores de edad, por un lado y personas con discapacidad, por otro.

II. CARÁCTER DE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

La citada L. O. 1/1982 expresa en su art. 2.1 que la protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen quedará limitada por las leyes y por los usos sociales, atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia.

El mismo precepto excluye luego la presencia de intromisiones ilegítimas en los casos legalmente autorizados o cuando el titular del derecho haya otorgado consentimiento expreso, aunque tal consentimiento es revocable en cualquier momento.

El art. 3 se refiere expresamente al consentimiento de los menores y personas declaradas incapaces judicialmente, señalando que puede otorgarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten. Si tal situación no concurre, el consentimiento debe otorgarse por escrito por el representante legal que queda obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. El artículo concluye expresando que, si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM) ha matizado el contenido del derecho en su art. 4, estableciendo que la difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar menoscabo de su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados.

Reitera en otro apartado que la intervención del Ministerio Fiscal se entiende sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales y que, en todo caso, corresponde al Fiscal su ejercicio, bien sea de oficio o bien a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública.

Se ha entendido siempre que la previa notificación del representante legal al Ministerio Fiscal constituye una *conditio iuris* para la eficacia del consentimiento prestado por representación, y lo mismo puede decirse de la anuencia del Fiscal, que se presume por el mero transcurso del plazo legal de ocho días sin haberse manifestado.

Puesto que los términos legales no exigen más que la comunicación del consentimiento al Ministerio Fiscal y el acuse de recibo por parte de éste, no cabe hablar ni de una censura previa, ni siquiera de una autorización de la emisión, sin perjuicio de que la oposición del Fiscal fuerce la intervención judicial.

Analizando los supuestos concretos de que han dado cuenta las Secciones de Menores de las Fiscalías se comprueba que no son los representantes legales de los niños, para quienes resultaría difícil el conocimiento pormenorizado de las prescripciones legales, sino la productora que realiza el programa quien emite la comunicación previa que prevé el artículo 3 de la LO 1/1982.

En este trance se ha detectado 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.

En un momento ulterior, es posible observar que la mayoría de los programas tiene una finalidad solidaria, pues muchas veces se orientan a acopiar medios económicos para atender a las necesidades los niños y niñas con discapacidad.

Tales contenidos no están prohibidos por el ordenamiento. En este sentido, la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (BOE núm. 79 de 1 de abril de 2010, págs. 30157 y ss., marginal 5292) establece, en su artículo 7, una serie de contenidos prohibidos, entre los que figura:

la identificación de los menores en el contexto de hechos delictivos o emisiones que discutan su tutela o filiación.

Pero no sólo esto debe considerarse prohibido. También, cualquier emisión que, por su contenido o la forma de presentación, pueda causar perjuicio para el menor (artículo 158 del Código Civil) y, particularmente, afectar a su dignidad.

Por lo anterior, aunque generalmente proceda la anuencia o no oposición a la realización del programa, habrá que ponderar siempre si es necesario un control de su contenido y si el mismo ha de realizarse antes o después de la emisión.

III. CONTENIDOS INTOLERABLES

Es claro que nunca puede aceptarse la emisión de un programa que afecte a los contenidos prohibidos. Más difícil resulta, sin embargo, determinar qué contenidos lo son y qué acciones deben ejercitarse, partiendo, como se dijo al principio, de la protección reforzada que ha de dispensarse a los niños con discapacidad.

III.1 Vigencia de la Instrucción de la FGE 2/2006 de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la Protección del Derecho al Honor, Intimidad y Propia Imagen de los Menores

Este instrumento, de plena vigencia, se ha erigido en un marco general indispensable en el tratamiento de estas cuestiones, tanto para los profesionales del derecho como para los de la información. Sigue siendo ineludible su estudio, análisis y aplicación.

III. 2 Desarrollo normativo

Sin embargo, tras la publicación de la Instrucción 2/2006 han venido a concurrir dos circunstancias dignas de mención:

- La primera es el desarrollo de principios de autorregulación de las cadenas de televisión. Estos principios arrojan cierta luz los contenidos inaceptables respecto de menores de edad.
- La segunda es la proliferación de normativa administrativa sancionadora en relación con este tema, tanto en el plano estatal como autonómico.

En lo que concierne al desarrollo de la autorregulación, el 9 de diciembre de 2004 se suscribió el Código de Autorregulación de Contenidos Televisivos e Infancia por Televisión Española S.A., Antena 3 de Televisión S.A., Gestevisión Tele 5, S.A. y

Sogecable, S.A. Asimismo y se firmó un Acuerdo entre dichos operadores y el Gobierno para el fomento del Código. Entró en vigor el 9 de marzo de 2005, tras un periodo de tres meses previsto para su adopción progresiva por los operadores. En el momento actual se encuentran también adheridas al Código, La Sexta, los operadores de TDT Veo TV y Net TV, así como las televisiones autonómicas a través de la FORTA.

El apartado II.2 de este Código está dedicado a la “presencia de los menores en la programación televisiva: programas, informativos y publicidad”, e incide especialmente en una serie de contenidos:

- No se emitirán imágenes ni menciones identificativas de menores como autores, testigos o víctimas de actos ilícitos.
- No se utilizarán imágenes ni menciones identificativas de menores con graves patologías o incapacidades con objeto propagandístico o en contra de su dignidad.
- No se mostrará a menores identificados consumiendo alcohol, tabaco o sustancias estupefacientes.
- No se entrevistará a menores identificados en situaciones de crisis (fugados de su casa, que hayan intentado el suicidio, instrumentalizados por adultos para el crimen, involucrados en la prostitución, con sus padres o familiares allegados implicados en procesos judiciales o reclusos en la cárcel, etc.).
- No se permitirá la participación de menores en los programas en los que se discuta sobre el otorgamiento de su tutela a favor de cualquiera de sus progenitores o sobre la conducta de los mismos.
- No se utilizará a los menores en imitaciones de comportamientos adultos que resulten vejatorias.

Aunque no se trate de un catálogo exhaustivo, estas pautas serán de gran utilidad a la hora de elaborar una oposición fundada a la emisión de un concreto programa de TV.

En lo que concierne a la normativa sancionadora, el Fiscal debe tomar en consideración las facultades administrativas previstas en los arts. 57 y ss de la mencionada Ley 7/2010 General de la Comunicación Audiovisual que, parcialmente, se reproducen a continuación:

Art. 57. Infracciones muy graves. Son infracciones muy graves:

1. La emisión de contenidos que de forma manifiesta fomenten el odio, el desprecio o la discriminación por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, nacionalidad, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social.
2. La emisión de comunicaciones comerciales que vulneren la dignidad humana o utilicen la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio.

4. La difusión del nombre, la imagen u otros datos que permitan la identificación de los menores en el contexto de hechos delictivos o en emisiones que discutan su tutela o filiación.

Artículo 58. Infracciones graves. Son infracciones graves:

3. La vulneración de la prohibición, y en su caso, de las condiciones de emisión de contenidos perjudiciales para el menor, previstas en el art. 7.2.

12. El incumplimiento de los códigos de autorregulación de conducta a que se refiere el art. 12 de esta Ley.

13. La acumulación de cuatro infracciones leves en un mismo año natural.

Artículo 59. Infracciones leves. Son infracciones leves:

2. El incumplimiento del resto de deberes y obligaciones establecidas en esta Ley, que no estén tipificadas como infracciones graves o muy graves. El artículo 60 recoge las sanciones.

Artículo 61. Responsabilidad por la comisión de infracciones.

1. La responsabilidad administrativa por las infracciones de la presente Ley es exigible al prestador del servicio de comunicación audiovisual. También será aplicable, cuando proceda con arreglo a esta ley, a los prestadores del servicio radiofónico y a los prestadores de los servicios de comunicación electrónica y de catálogo de programas. A los efectos de la correcta dilucidación de la responsabilidad administrativa, los prestadores del servicio deberán archivar durante un plazo de seis meses a contar desde la fecha de su primera emisión, todos los programas emitidos, incluidas las comunicaciones comerciales, y registrar los datos relativos a tales programas.

2. No incurrirá en responsabilidad administrativa el prestador del servicio de comunicación audiovisual, ni los prestadores de los servicios de comunicación electrónica y de servicio de catálogo de programas, cuando emitan comunicaciones comerciales elaboradas por personas ajenas al prestador y que supongan una infracción de acuerdo con la normativa vigente sobre publicidad. No obstante, el prestador del servicio habrá de cesar en la emisión de tal comunicación comercial al primer requerimiento de la autoridad audiovisual o de cualquier organismo de autorregulación al que pertenezca.

3. El infractor habrá de reponer la situación alterada a su estado originario y resarcir los daños y perjuicios causados, siempre que técnicamente sea posible. La autoridad competente para la resolución del expediente sancionador puede imponer multas coercitivas de hasta 30.000 euros diarios para el cumplimiento de estas obligaciones.

De igual manera, en cada territorio autonómico, el Fiscal debe analizar el asunto también a la luz de las normas sancionadoras vigentes en la Comunidad Autónoma en materia de protección de menores. El art. 56 de la Ley 7/2010 precitada expresa:

Las Comunidades Autónomas ejercerán las competencias de supervisión, control y protección activa para garantizar el cumplimiento de lo previsto en esta Ley y, en su caso, la potestad sancionadora en relación con los servicios de comunicación audiovisual cuyo ámbito de cobertura, cualquiera que sea el medio de transmisión empleado, no sobrepase sus respectivos límites territoriales. También serán competentes en relación con los servicios audiovisuales cuya prestación se realice directamente por ellas o por entidades a las que hayan conferido su gestión dentro del correspondiente ámbito autonómico”.

III.3. Particularidades en relación con los menores de edad con discapacidad

Para definir este colectivo, basta acudir a las dos tradiciones protectoras: la de los niños y la de las personas con discapacidad, integrando el contenido del primer artículo de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 (CDN) con el que, bajo el mismo ordinal, se ubica en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 :

Todo ser humano menor de dieciocho años de edad (salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad) que tenga deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

La Ley 7/2010 General de la Comunicación Audiovisual al referirse a la discapacidad, alude no sólo a los contenidos de la información sino también a la forma en que ésta debe realizarse. Así, su art. 8, apartado 5, expresa que,

...los prestadores del servicio de comunicación audiovisual procurarán ofrecer en sus emisiones una imagen ajustada, normalizada, respetuosa e inclusiva de las personas con discapacidad, en tanto que manifestación enriquecedora de la diversidad humana, evitando difundir percepciones estereotipadas, sesgadas o producto de los prejuicios sociales que pudieran subsistir. De igual modo, procurarán que su aparición en la programación sea proporcional al peso y a la participación de estas personas en el conjunto de la sociedad.

Esta disposición contiene un triple mandato para los prestadores del servicio de comunicación audiovisual:

- Ofrecer una imagen ajustada, normalizada, respetuosa e inclusiva, en tanto que manifestación enriquecedora de la diversidad humana.
- Evitar difundir percepciones estereotipadas, sesgadas o producto de los prejuicios sociales que pudieran subsistir.
- Procurar que su aparición en la programación sea proporcional al peso y a la participación de estas personas en el conjunto de la sociedad.

Aunque la disposición legal atañe directamente a los profesionales de la información, indirectamente puede orientar al Fiscal en la adecuada protección jurídica de los niños

con discapacidad, especialmente a la hora de discernir cuáles son las conductas intolerables.

Para ello, es preciso, por un lado, la comprensión del proceso evolutivo de la imagen social de las personas con discapacidad y, por otro, el análisis minucioso de las intromisiones en los derechos fundamentales (honor, intimidad personal y familiar y propia imagen) que además, entrañan conductas de discriminación.

III.3.1. La imagen social de las personas con discapacidad

Desde una perspectiva social, la visión de las personas con discapacidad ha ido evolucionando a lo largo de la historia desde pautas de exclusión hacia la óptica del prisma médico y rehabilitador, culminando en el actual modelo social (o de derechos humanos) de la discapacidad.

El primer modelo parte de la consideración de las personas con discapacidad como seres imposibilitados de realizar aportaciones significativas a la sociedad y se traduce en marginación o incluso, eliminación. Versión reciente de esta primitiva concepción, son las leyes sobre esterilización eugenésica que se sucedieron en la primera mitad del siglo XX en países como Estados Unidos o Suiza y las operaciones de eutanasia ensayadas en la Alemania nacionalsocialista.

El segundo modelo no es enteramente excluyente pero condiciona la aportación de las personas con discapacidad a un objetivo de asimilación al que se considera ciudadano medio mediante la rehabilitación y la “normalización”. Desde un paradigma científico y tecnológico, el modelo se centra en el “déficit”, considerado desde un prisma patológico o de enfermedad, obviando los factores sociales. Centrado en una visión “clínica” y paternalista, este modelo también incorpora elementos de discriminación al catalogar a las personas como normales o no normales o como válidos o no válidos. Con anteriores precedentes, se desarrolla más ampliamente tras las dos guerras mundiales.

Desde la perspectiva del modelo social o de derechos humanos, hoy vigente, el análisis de la diferenciación no se centra en el individuo sino en la incapacidad de la sociedad para hacer frente a las necesidades de todos sus miembros. Desde esta óptica, la diversidad funcional se aborda en el contexto de los derechos humanos y de la dignidad que ostenta cada persona por el hecho de serlo.

Esta concepción, procedente de los movimientos de derechos civiles de los años 60 y 70, ha dado lugar a importantes avances en la lucha contra la institucionalización de las personas con discapacidad, la educación inclusiva o la legislación antidiscriminación.

A partir del documento Mejorando las Comunicaciones sobre las Personas Impedidas, producto de un Seminario de Naciones Unidas (Viena, 1982), se han venido sucediendo normas de estilo para los medios de comunicación, ejemplo de las cuales constituye, en nuestro país, la Declaración de Salamanca de 1 de julio de 2004 o la Guía de estilo sobre discapacidad para profesionales de los medios de comunicación editada por el Real Patronato sobre Discapacidad (2006).

La Declaración de Salamanca, emitida por los más de setenta representantes de los ámbitos de la información y la representación de las personas con discapacidad en 2004,

enumera una serie de postulados, bajo la rúbrica de “nuestra visión” y se reproducen a continuación:

1) Dejar a un lado el enfoque caritativo o victimista que tradicionalmente han ofrecido los medios de comunicación para centrarnos en la superación de los verdaderos problemas que afectan a las personas con discapacidad, como ciudadanos de pleno derecho (barreras arquitectónicas, acceso al empleo y la vivienda, la atención sanitaria, promoción de un entorno accesible, etc.).

2) Dar voz a las personas con discapacidad, como ciudadanos independientes y protagonistas de sus propias vidas. Acabar con su "invisibilidad" es el primer paso que debemos dar para que puedan conquistar el espacio que les corresponde. "Nada por nosotros sin contar con nosotros" es un eslogan que debemos tener presente antes de ofrecer cualquier información a la opinión pública.

3) Evitar el lenguaje discriminatorio y estigmatizante que pone el énfasis sobre la discapacidad por delante de la condición de persona. Es necesario tener un cuidado especial a la hora de elegir las palabras con las que vamos a definir a las personas con discapacidad ya que el lenguaje es la herramienta que condiciona la representación mental de cualquier realidad. Los adjetivos sustantivados como minusválido, incapaz o discapacitado deben evitarse para llegar a superar la concepción de "enfermo" o "paciente".

4) Ofrecer una imagen activa de las personas con discapacidad. La idea de la persona con discapacidad como mero receptor de ayudas no refleja la realidad de un mundo en el que la pasividad y el carácter asistencial no son la norma y esta imagen contribuye a fomentar la marginalidad.

5) Incluir a las personas con discapacidad como parte de la población general en todo tipo de informaciones y no sólo en aquellas en las que la discapacidad es el tema central.

6) Mostrar a las personas con discapacidad en situaciones cotidianas diversas, para subrayar sus capacidades y favorecer una visión normalizada.

7) Abordar la información desde un enfoque contextualizado. Explicar las circunstancias contextuales ayuda al público a comprender y acercarse al mundo de la discapacidad con mayor conocimiento.

8) Cubrir el tema de la discapacidad de forma proporcionada, sin caer en la conmisericordia ni presentar a la persona con discapacidad como un héroe.

El Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad elaboró en 2011 la denominada Estrategia española sobre discapacidad 2012-2020, una de cuyas medidas consiste precisamente en “fomentar la imagen normalizada y el uso apropiado del lenguaje sobre discapacidad en medios de comunicación”.

La CDPD vigente en España desde mayo de 2008, no crea nuevos derechos. Expresa los ya existentes en modo comprensivo de las necesidades y situaciones de las personas con discapacidad.

Su art. 8 señala :

Toma de conciencia. 1. 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.

2. Las medidas a este fin incluyen:

a) Poner en marcha y mantener campañas efectivas de sensibilización pública destinadas a:

i) Fomentar actitudes receptivas respecto de los derechos de las personas con discapacidad;

ii) Promover percepciones positivas y una mayor conciencia social respecto de las personas con discapacidad;

iii) Promover el reconocimiento de las capacidades, los méritos y las habilidades de las personas con discapacidad y de sus aportaciones en relación con el lugar de trabajo y el mercado laboral;

b) Fomentar en todos los niveles del sistema educativo, incluso entre todos los niños y las niñas desde una edad temprana, una actitud de respeto de los derechos de las personas con discapacidad;

c) 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;

d) Promover programas de formación sobre sensibilización que tengan en cuenta a las personas con discapacidad y los derechos de estas personas.

La referencia novedosa en un tratado de derechos humanos que efectúa el apartado 2. letra "C" de este precepto, a los medios de comunicación, reconoce su influencia en el conocimiento social de la realidad y en la creación de estados de opinión, llamándolos a colaborar en la "definición de la discapacidad" y a "participar en la configuración y definición de la identidad social de la discapacidad".

Por su parte, el movimiento asociativo de las personas con discapacidad destaca la importancia de la imagen social de la discapacidad con acciones diversas. En marzo de 2007 se constituyó el Comité de Apoyo a las Personas con Discapacidad en los Medios Audiovisuales, como punto de encuentro, diálogo y compromiso de los medios y el ámbito asociativo y representativo de las personas con discapacidad. .

El propio CERMI ha creado una Comisión de Imagen Social de la Discapacidad y Medios de Comunicación, que ha elaborado el Decálogo para un uso apropiado de la imagen social de las personas con discapacidad como conjunto de buenas pautas a seguir en estos ámbitos, partiendo de la necesidad de reflejar a las personas con discapacidad en los medios, en proporción a su presencia en la sociedad, con normalidad, objetividad, precisión, rigor y lenguaje neutral, de focalizar la atención en la totalidad de la persona y no en la discapacidad, y ofrecer un panorama real de la diversidad dentro de la discapacidad.

Vista la nueva orientación que se desprende del texto de la CDPD así como que uno de sus objetivos es evitar tratamientos interesados, sensacionalistas o instrumentales de la discapacidad, resulta obligado ejercer un control sobre la aparición de menores de edad y con discapacidad y el tratamiento de la misma en los medios de comunicación, analizando con detenimiento y desde la perspectiva de la propia CDPD, el contenido de los programas televisivos.

Como se ha dicho, el punto de partida para ese control lo proporciona la citada Instrucción 2/2006 de la Fiscalía General del Estado sobre el Fiscal y la Protección del Derecho al Honor, Intimidad y Propia Imagen de los Menores de 15 de marzo de 2006, en la que se establece expresamente que:

“no procederá en general el ejercicio de acciones por el Ministerio Fiscal ante emisión de programas o la publicación de fotografías en los que aparezcan menores, en actividades con dimensión pública tales como concursos, debates, musicales, actividades deportivas etc., siempre que las propias circunstancias que rodeen la publicación excluyan el perjuicio para los intereses de los mismos”.

En principio y según la misma Instrucción, la legitimación autónoma que se prevé por la ley para el ejercicio de acciones legales en defensa del menor deberá utilizarse en todo caso con prudencia y ponderando los intereses en conflicto, particularmente valorando el consentimiento del menor maduro o el de los representantes del menor no maduro. Será excepcional 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 concurra conflicto de intereses con el menor- sean contrarios a que se entablen acciones en defensa del mismo.

Tratándose de menores de edad con discapacidad, se tomará en consideración cuanto expone la Observación General nº 9 (2006) del Comité de los Derechos del Niño sobre los derechos de los niños con discapacidad (CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007), sobre la importancia de la utilización de los medios de comunicación para fomentar actitudes positivas hacia los niños con discapacidad.

De ello y puesto que, con carácter general, la intención de estos programas es solidaria, una intervención excesiva y desproporcionada puede tener el efecto adverso de desalentar a los medios hacia este objetivo.

La solución no siempre va a ser sencilla pues serán el enfoque de la emisión y el tratamiento de la discapacidad del niño los que darán las claves. Podría ser útil en algunos casos, la consulta a organismos especializados en estas cuestiones como lo son la oficina permanente especializada integrada en el Consejo Nacional de la Discapacidad (órgano colegiado interministerial de carácter consultivo, adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en el que se institucionaliza la colaboración entre las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias y la Administración General del Estado, con el objeto de coordinar y definir una política coherente de atención integral a este grupo ciudadano) o la propia Comisión de Imagen Social de la Discapacidad y Medios de Comunicación del CERMI.

No debe perderse de vista la conveniencia e incluso necesidad de la participación de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad. El artículo 15.1 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad expresa que “las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, y sus familias, a través de sus organizaciones representativas, participarán en la preparación, elaboración y adopción de las decisiones que les conciernen, siendo obligación de las Administraciones Públicas en la esfera de sus respectivas competencias promover las condiciones para asegurar que esta participación sea real y efectiva”.

Así definido el marco de actuación del Ministerio Fiscal, se ha impuesto, en primer lugar, un proceso de diálogo con el CERMI en su doble condición de principal representante del sector de la discapacidad en España y de mecanismo independiente para promover, proteger y supervisar la aplicación en España de la CDPD, de conformidad con su art. 33.2 (Disposición Adicional Primera del Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad). Este proceso se expone detenidamente en el último epígrafe del presente dictamen.

En segundo lugar, se impone también dar una definición inicial de lo que debe considerarse “intolerable” como para generar una respuesta inmediata y activa del Ministerio Fiscal en defensa de los derechos fundamentales del menor de edad.

III.3.2. El marco de lo intolerable: la discriminación

El art. 3 CDPD consagra entre sus principios generales el de no discriminación e igualdad de oportunidades junto con otros: el respeto de la dignidad; la autonomía individual y la independencia de las personas; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas y la accesibilidad.

Los menores de edad con discapacidad participan de estos principios y, a tal efecto, el artículo 7 establece que los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para

asegurar que todos los niños y niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas.

Ya antes, el artículo 23.1 de la Convención sobre los derechos del niño estableció que “los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad”.

El primer paso, pues, para fijar el marco de lo intolerable en este ámbito es común para todos los niños, tal como se ha analizado en el epígrafe III.2 del presente dictamen. Todo lo que resulta intolerable respecto de la condición personal de los niños, lo es también para los niños con discapacidad.

Avanzando un poco más, ha de considerarse la protección reforzada que procede en razón de la discapacidad. En este sentido, desde una perspectiva nacional, la Constitución Española (CE), reconoce la igualdad ante la ley (art. 14) y la dignidad personal (art. 10), como fundamento del orden político y la paz social, atribuyendo (art. 9.2) a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas.

En congruencia con todo ello, el art. 49 de la misma CE, refiriéndose a las personas con discapacidad, ordena a los poderes públicos que presten la atención especializada que requieran y el amparo especial para el disfrute de sus derechos.

Aunque las distintas Comunidades Autónomas han legislado la materia, desde el punto de vista estatal, destaca la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia, y ciñéndose el presente análisis a la exclusión de la discriminación, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Esta ley, dictada para impulsar las políticas de equiparación de las personas con discapacidad ya iniciadas 20 años atrás en la Ley de Integración social de los minusválidos, y adecuada a la CDPCD por Ley 26/2011, de 1 de agosto, parte del cambio de enfoque en el abordaje de discapacidad que pivota ahora en las condiciones obstativas a la igualdad que mantiene una sociedad articulada rígidamente sobre el patrón de la persona media.

En el art. 1 de la ley se entiende por igualdad de oportunidades:

...la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por motivo de o sobre la base de discapacidad, incluida cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones por las personas con discapacidad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo

Y también:

“...la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social”.

En lo que se refiere concretamente a la tutela judicial del derecho a la igualdad de oportunidades, el artículo 18.1 de la Ley 51/2003 lo extiende a la adopción de todas las medidas que sean necesarias para poner fin a la violación del derecho y prevenir violaciones ulteriores, así como para restablecer al perjudicado en el ejercicio pleno de su derecho”.

El punto 2 del mismo art. 18 recoge unas normas sobre indemnizaciones expresando que:

..la indemnización o reparación a que pueda dar lugar la reclamación correspondiente no estará limitada por un tope máximo fijado a priori

..la indemnización por daño moral procederá aun cuando no existan perjuicios de carácter económico y se valorará atendiendo a las circunstancias de la infracción y a la gravedad de la lesión.

Finalmente el número 3 del artículo concluye expresando que :

se adoptarán las medidas que sean necesarias para proteger a las personas físicas o jurídicas contra cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda producirse como reacción ante una reclamación o ante un procedimiento destinado a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades.

El artículo 20, por último, establece unos criterios especiales sobre la prueba que tienen aplicación en todos los procesos a excepción de los penales y los contencioso-administrativos interpuestos contra resoluciones sancionadoras. En aquellos procesos jurisdiccionales en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de discapacidad, corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la conducta y de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Cuando en el proceso jurisdiccional se haya suscitado una cuestión de discriminación por razón de discapacidad, el Juez o Tribunal, a instancia de parte, podrá recabar informe o dictamen de los organismos públicos competentes.

Entre los organismos mencionados, destaca la oficina especializada cuya regulación actual está contemplada en los artículos 11 y siguientes del Real Decreto 1855/2009, de 4 de diciembre, por el que se regula el Consejo Nacional de la Discapacidad. Esta oficina es el órgano del Consejo, de carácter permanente y especializado, encargado de promover la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. El artículo 14 del Real Decreto establece que prestará asesoramiento a toda persona que manifieste haber sido objeto de discriminación o considere vulnerado su derecho a la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal por razón de discapacidad en el ámbito contemplado en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre. Este asesoramiento se facilitará también a las personas jurídicas habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos a que hace referencia el artículo 19 de la citada Ley 51/2003, de 2 de diciembre, a las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias.

La citada Ley 26/2011 también ha introducido un nuevo artículo 21 que establece: “Sin perjuicio de otras acciones y derechos contemplados en la legislación civil y mercantil, la persona que, en el ámbito de aplicación del artículo 10 bis (igualdad de trato en acceso a bienes y servicios disponibles para el público, ofrecidos en el sector público o en el privado, fuera del ámbito de la vida privada y familiar) sufra una conducta discriminatoria por razón de discapacidad, tendrá derecho a indemnización por los daños y perjuicios sufridos”.

Tras esta síntesis de las disposiciones legales, es necesario hacer tres precisiones:

- La primera es que, para garantizar el establecimiento de las medidas de fomento de la igualdad y protección, las disposiciones finales de la Ley 51/2003 contienen mandatos explícitos de desarrollo y aplicación en fases y tiempos.

- La segunda es que la Ley 51/2003 se complementa con la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, aplicable en todo el territorio del Estado, sin perjuicio de las infracciones y sanciones que las Comunidades Autónomas puedan establecer en ejercicio de sus competencias propias que, en todo caso, garantizarán la plena protección de las personas con discapacidad, ajustándose a lo dispuesto en la norma.

- La tercera es que diferentes preceptos del Código Penal recogen marcos de protección contra la discriminación. Así, el artículo 22.4 recoge como circunstancia agravante el cometer el delito por motivos de discriminación referente, entre otras, a su discapacidad. El artículo 314 tipifica la conducta de quien produzca grave discriminación en el empleo, público o privado, por razón de discapacidad y, tras requerimiento o sanción administrativa, no restablezcan la situación de igualdad ante la Ley, reparando los daños económicos que se hayan derivado. Especialmente, dentro del ámbito de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, diferentes preceptos tipifican conductas referentes a la discriminación por motivos de discapacidad; así, los artículos 510 (provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por este motivo o la difusión de informaciones injuriosas sobre los mismos), 511 (denegación por parte de un particular –o de un funcionario- encargado de un servicio público de una prestación a la que tenga derecho por tal motivo o contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros), 512 (denegación por parte de una persona que actúe en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales de una prestación a la que tenga derecho por tal motivo) y 515 (al considerar “asociaciones ilícitas” las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su discapacidad o inciten a ello).

IV. CONVENIO DE COLABORACIÓN CERMI/FGE

La coincidencia en la necesidad de aunar esfuerzos por parte de Fiscalía General del Estado y el CERMI para el establecimiento de cauces de colaboración institucional en el desarrollo de sus respectivos fines y objetivos se plasmó en el Convenio Marco de Colaboración de 25 de enero de 2006.

Los esfuerzos desarrollados por la Fiscalía General del Estado, han sido objeto de reconocimiento por el CERMI al haber otorgado a nuestra Institución el Premio

‘cermi.es’ 2012, en su categoría institucional, por su atribución constitucional de promover la acción de la Justicia en beneficio de los derechos de las personas discapacidad, que sufren situaciones acusadas de discriminación y exclusión por su diversidad humana.

Advertida la necesidad de una colaboración específica en este ámbito, se 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 en la sede de la Fiscalía General del Estado.

El mencionado documento contiene las siguientes cláusulas:

PRIMERA.- De conformidad con lo dispuesto en el Convenio Marco de colaboración firmado el 25 de enero de 2006, se realizarán actividades de estudio e investigación en el ámbito de la protección jurídica del derecho contemplado en el presente Convenio.

SEGUNDA.- Se establecerá un cauce institucional de comunicación de casos que puedan suponer vulneración de los derechos objeto del presente convenio a fin de que puedan ejercitarse las acciones correspondientes o, en su caso, la remisión a las autoridades administrativas para el ejercicio de las facultades sancionadoras previstas en la Ley General de la Comunicación Audiovisual (artículos 57 y ss.) u otras de idéntico sentido en materia de protección de menores vigentes en las distintas Comunidades Autónomas.

TERCERA.- Sin perjuicio de las competencias de la Oficina Permanente Especializada del Consejo Nacional de la Discapacidad (artículos 15 y 20.1 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y 11 y ss. del Real Decreto 1855/2009, de 4 de diciembre), la Comisión de Imagen Social de la Discapacidad y Medios de Comunicación del CERMI podrá ser requerida para colaboración en el estudio de casos complejos en los que pueda verse afectada la imagen social de los niños y niñas con discapacidad por la actuación de los medios de comunicación, mediación y asesoramiento a las personas afectadas y, en su caso, intervención en los procesos correspondientes al amparo de la legitimación que otorga el artículo 19 de la Ley 51/2003.

QUINTA.- Se constituye una Comisión de Seguimiento, integrada por dos representantes de cada una de las partes, a la que corresponderá velar por el correcto desarrollo y ejecución de lo dispuesto en este Convenio, impulsar la adopción de las medidas y acciones necesarias para el eficaz cumplimiento de los objetivos comunes perseguidos por las partes y resolver las controversias que puedan surgir en la interpretación y aplicación del presente convenio. Los miembros de la comisión de Seguimiento podrán delegar sus funciones en las personas que tengan por conveniente.

Esta Comisión de Seguimiento se constituyó el 26 de febrero de 2013 en la sede del CERMI. Entre los puntos del orden del día se encontraba la necesidad de difusión del Convenio, el régimen de comunicación entre ambas instituciones y la selección de los temas que precisan de un tratamiento especial. Se abordó también la posibilidad de

realizar tareas de mediación y sensibilización en aquellos casos en los que el propósito inicial del programa sea una finalidad solidaria, siempre y cuando no contengan contenidos intolerables.

A este último propósito obedece el presente dictamen.

V. CONCLUSIONES

PRIMERA.- Los Srs. Fiscales analizarán la aparición de niños y niñas con discapacidad en emisiones televisivas partiendo de la protección reforzada que ha de dispensarse a los niños con discapacidad en tanto son personas menores de edad, por un lado, y personas con discapacidad, por otro.

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

SEGUNDA.- Al valorar este tipo de emisiones, los Srs. Fiscales se ajustarán a las siguientes pautas:

A.- Son plenamente vigentes los criterios contenidos en la Instrucción 2/2006 de la Fiscalía General del Estado sobre el Fiscal y la Protección del Derecho al Honor, Intimidad y Propia Imagen de los Menores, de 15 de marzo de 2006. Tales criterios se aplicarán, tras las tareas de comprobación de los contenidos que exigen los artículos 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen y 4 de la LOPJM.

B.- La gravedad de las intromisiones en los derechos de los menores con discapacidad debe ponderarse a partir de la evolución producida en el seno de la autorregulación de contenidos televisivos e infancia y del derecho administrativo sancionador de carácter estatal y autonómico.

C.- Sin perjuicio de la aplicación directa de los principios de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea de UN el 13 de diciembre de 2006 y suscrita y ratificada por España en 2007 (BOE 21 de abril de 2008), es preciso atender a la expresa referencia que en la misma se hace al papel de los medios de comunicación en la “toma de conciencia” sobre estos derechos y, en particular, al triple mandato que el art. 8.5 de la Ley 7/2010 General de la Comunicación Audiovisual dirige a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual en lo que afecta a las personas con discapacidad:

- Ofrecer una imagen ajustada, normalizada, respetuosa e inclusiva de la discapacidad, en tanto que manifestación enriquecedora de la diversidad humana.
- Evitar la difusión de percepciones estereotipadas, sesgadas o producto de los prejuicios sociales.
- Procurar que su aparición en la programación sea proporcional al peso y a la participación de estas personas en el conjunto de la sociedad.

TERCERA.- El marco de los contenidos intolerables que justificaría el ejercicio de acciones judiciales por parte del Fiscal se define desde la doble óptica de:

- los actos de intromisión ilegítima en los derechos fundamentales de cualquier persona menor de edad
- los actos de discriminación en el tenor de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. En esta perspectiva resultará imprescindible la comprensión del proceso evolutivo de la imagen social de las personas con discapacidad.

CUARTA.- Cuando las emisiones o programas presenten una imagen social de la discapacidad que no responda inicialmente a las exigencias de la CDPCD y siempre que no incluyan contenidos intolerables, los Srs. Fiscales se abstendrán de ejercitar acciones judiciales, barajando un triple condicionamiento:

- La importancia de fomentar a través de los medios de comunicación actitudes positivas hacia los niños con discapacidad,
- La necesidad de la aparición proporcional de los niños con discapacidad en la programación y en el conjunto de la sociedad.
- El carácter generalmente solidario de las emisiones.

Sin embargo, a través del Fiscal Delegado de Menores, pondrán el caso en conocimiento de la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores al objeto de su correspondiente comunicación al CERMI para que, por el mismo, se procuren las restantes medidas alternativas para la plena eficacia del derecho fundamental.

QUINTA.- Para facilitar la labor de la Comisión de Seguimiento creada conforme al Convenio de colaboración entre la FGE y el CERMI en materia de protección de la imagen de las niñas y niños con discapacidad en los medios de comunicación, los Srs. Fiscales comunicarán a la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores los casos relativos programas cuyos contenidos o formas de presentación revistan características especiales o alguna complejidad.