

**UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA**

**TESI DOCTORAL**

**LA PROTECCIÓN  
DE LOS DERECHOS  
DE LA PESONALIDAD  
DEL MENOR DE EDAD**

**ALEJANDRA DE LAMA AYMÁ**

## SUMARIO:

### INTRODUCCIÓN

## CAPÍTULO I: LA TUTELA DE LA PERSONALIDAD EN EL MENOR DE EDAD.

### 1. ESTADO DE LA CUESTIÓN

### 2. LA PROTECCIÓN DE LA PERSONALIDAD

2.1. Tesis monista, pluralista y mixta

2.2. Derechos fundamentales y derechos de la personalidad

2.3. La dignidad y la personalidad como cláusulas generales de las que emanan derechos

2.4. Aceptación de la categoría de derecho subjetivo pero no como único medio de tutela de la personalidad

2.5. Los bienes jurídicos de la personalidad

2.5.1. Los bienes jurídicos de la personalidad en el menor de edad

2.5.2. La protección del honor *post mortem*

2.5.3. La protección *post mortem* del derecho moral de autor

2.5.4. La protección del *nasciturus*

2.6. Interés legítimo y funcionalización de determinadas instituciones

2.7. Recapitulación.

3. ART. 162.2 CC Y ART. 155.2 CF

3.1. El art. 162.2 CC

3.2. El art. 155.2 CF.

4. ACTUACIÓN DE LOS PADRES CUANDO NO HAY SUFICIENTE MADUREZ POR PARTE DEL HIJO MENOR DE EDAD: LA REPRESENTACIÓN LEGAL COMO EXCEPCIÓN.

5. LA DEFENSA JUDICIAL DE LOS BIENES JURÍDICOS DE LA PERSONALIDAD DEL MENOR

5.1. Legitimación de los menores de edad

5.2. Legitimación de los titulares de la patria potestad

5.3. Legitimación del Ministerio Fiscal

6. INTERÉS DEL MENOR

6.1. Origen del concepto

6.2. Concepto

6.3. Criterios para determinar el contenido esencial del interés del menor

6.3.1. Los deseos del menor

6.3.2. Aprendizaje de determinados valores y normas sociales

6.3.3. Participación y audiencia del menor

7. ÁMBITO DE ACTUACIÓN DEL MENOR: LA CAPACIDAD NATURAL.

## **CAPÍTULO 2: EL DERECHO DEL MENOR A LA PROPIA IMAGEN.**

### 1. CONCEPTO

### 2. EL DERECHO A LA IMAGEN COMO DERECHO AUTÓNOMO

### 3. ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO

#### 3.1. La ley

#### 3.2. Los usos sociales

#### 3.3. Los actos propios

### 4. INTROMISIONES ILEGÍTIMAS EN EL DERECHO A LA IMAGEN DEL MENOR

### 5. EL CONSENTIMIENTO

#### 5.1. Introducción

#### 5.2. Consentimiento y capacidad para consentir

##### 5.2.1. El consentimiento al uso de la imagen en tanto derecho de la personalidad

##### 5.2.2. El consentimiento contractual: intervención de los representantes legales y del menor

##### 5.2.3. Actos que debe consentir el menor y edad en que puede hacerlo

##### 5.2.4. Normas imperativas de protección del menor

#### 5.3. Consecuencias de la falta de algún consentimiento

#### 5.4. La revocación del consentimiento

## 6. LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

6.1. Cuando el menor tiene suficiente madurez y presta el consentimiento a la intromisión

6.2. Cuando el menor no tiene suficiente capacidad para actuar por sí mismo

## 7. LA REPRESENTACIÓN LEGAL

7.1. La representación legal de los padres y el tutor en el derecho a la imagen

7.2. La representación legal en los regímenes atípicos de protección de menores

## 8. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN DE LA INTROMISIÓN EN EL DERECHO A LA IMAGEN

8.1. El interés histórico, cultural o científico

8.2. Persona pública en lugar público

8.3. La accesoriidad

## **CAPÍTULO 3: EL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL MENOR DE EDAD.**

### 1. EL DERECHO A LA INTIMIDAD: CONCEPTO

### 2. LA INTIMIDAD DEL MENOR EN EL ÁMBITO SANITARIO: EL SECRETO MÉDICO

2.1. Concepto y fundamento

2.2. El secreto médico en relación al menor de edad

2.3. Excepciones al deber de secreto: causas de  
justificación

3. PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES DEL MENOR Y  
NUEVAS TECNOLOGÍAS

4. PROTECCIÓN DE LOS DATOS SOBRE EL ORIGEN DEL MENOR.

5. INTIMIDAD DEL MENOR Y LIBERTAD DE INFORMACIÓN.

#### **CAPÍTULO 4: EL DERECHO AL HONOR DEL MENOR DE EDAD.**

1. CONCEPTO DE DERECHO AL HONOR.

2. CONSENTIMIENTO Y DISPONIBILIDAD DEL DERECHO

2.1. Planteamiento del problema

2.2. El consentimiento de los representantes legales

2.3. El consentimiento del menor

3. LAS INTROMISIONES EN EL DERECHO AL HONOR DEL MENOR

3.1. Actos a través de los que se puede vulnerar el derecho

3.2. Medios por los que se vulnera el derecho

3.3. Criterios para determinar la existencia de intromisión ilegítima

3.4. Exigencia de un mayor grado de diligencia en la información

relativa a menores

**CAPÍTULO 6: CONFLICTO ENTRE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y EL DERECHO AL HONOR, LA INTIMIDAD Y LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR DE EDAD.**

1. LA PROTECCIÓN DE LA JUVENTUD Y LA INFANCIA COMO LÍMITE A LAS LIBERTADES DE INFORMACIÓN Y EXPRESIÓN

2. LA INFORMACIÓN SOBRE EL MENOR DELINCUENTE

3. MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y MENORES

4. CRITERIOS DE PONDERACIÓN EN LA INFORMACIÓN RELATIVA A MENORES DE EDAD

5. EL CONSENTIMIENTO EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

6. LA STC 197/1991 DE 17 DE OCTUBRE DE 1991

7. INTERNET Y MENOR DE EDAD.

**CAPÍTULO 6: EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y LA SALUD DEL MENOR DE EDAD.**

1. INTRODUCCIÓN

2. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL MENOR DE EDAD A LOS TRATAMIENTOS E INTERVENCIONES MÉDICAS

2.1. Concepto y fundamento

- 2.2. El derecho a la información
- 2.3. La capacidad
- 2.4. La capacidad como cuestión de hecho: criterios de determinación
- 2.5. La intervención de terceros en el ámbito del consentimiento informado

### 3. PROBLEMAS CONCRETOS

- 3.1. Sida y menor de edad
- 3.2. Aborto y menor de edad
- 3.3. Colisión entre la libertad religiosa y la vida del menor: el problema de las transfusiones de sangre
- 3.4. Psiquiatría y menor de edad

## **CAPÍTULO 7: EL DERECHO AL NOMBRE DEL MENOR DE EDAD.**

### 1. INTRODUCCIÓN

- 1.1. Concepto y función
- 1.2. Naturaleza jurídica

### 2. EL NOMBRE PROPIO

- 2.1. Atribución del nombre propio
- 2.2. Cambio del nombre propio
- 2.3. Actuación de los representantes legales

### 3. LOS APELLIDOS

- 3.1. Atribución de los apellidos



### 3.2. Modificación de los apellidos

#### 3.2.1. Modificación *ope legis*

#### 3.2.2. Alteración del orden de los apellidos

#### 3.2.3. Modificación de los apellidos del adoptado

##### 3.2.3.1. Antecedentes

##### 3.2.3.2. Régimen vigente sobre la determinación de los apellidos en sede de adopción

##### 3.2.3.2.1. Regla general en la modificación de los apellidos: justificación

##### 3.2.3.2.2. Especialidades en la determinación de los apellidos del adoptando: mantenimiento de vínculos respecto de la familia anterior y el interés del menor

##### 3.2.3.2.3. Vicisitudes de la adopción que inciden en los apellidos.

## **CONCLUSIONES**

## **BIBLIOGRAFÍA**

## **INTRODUCCIÓN.**

El problema de los derechos de la personalidad del menor, aceptada la titularidad de los mismos, radica en su ejercicio atendida la limitación de la capacidad de obrar del mismo. En efecto, aceptar la titularidad del derecho del menor para negar después su ejercicio por falta de plena capacidad de obrar supone un reconocimiento puramente teórico de los derechos de la personalidad. Se sostiene aquí que el menor puede ejercer por sí mismo sus derechos de la personalidad cuando tenga madurez suficiente sin necesidad de haber alcanzado la plena capacidad de obrar. Es cierto, sin embargo, que este planteamiento no soluciona qué sucede con el ejercicio del derecho cuando el menor no tiene madurez por lo que se analiza si es aceptable la representación legal en el ámbito de los derechos de la personalidad y qué actuación deben tener los padres o tutor como consecuencia de los deberes inherentes a la patria potestad y la tutela. Todo ello hace imprescindible abordar el concepto de derecho subjetivo, de interés legítimo, derecho-función y bien jurídico de la personalidad así como su relación con el interés del menor.

Tras un primer capítulo en que se exponen estas cuestiones, se aborda el estudio de aquellos derechos de la personalidad que merecen un análisis más detallado en relación al menor de edad. Así se estudian el derecho a la imagen en el capítulo segundo el derecho a la intimidad en el tercero, el derecho al honor en el cuarto y un quinto capítulo se dedica al conflicto que puede surgir entre estos derechos y la libertad de información. En el sexto capítulo se estudia el derecho a la integridad física del menor y, finalmente, en el séptimo, el derecho al nombre.

En el capítulo dedicado al derecho a la imagen se analiza cuándo el menor puede consentir por sí mismo intromisiones en su imagen y cuándo pueden hacerlo y bajo qué condiciones sus representantes legales. Frecuentemente el ejercicio de este derecho se incardina en el ámbito de un contrato sobre la imagen que supone la realización de una prestación personal por el menor por lo que debe estudiarse cuándo puede consentir el menor válidamente la asunción de una prestación personal y si cabe la representación legal de los padres o tutor en esta sede. La solución a la que se llegue repercute en la calificación jurídica del

contrato sobre la imagen del menor que implica la realización de una prestación personal en el que han prestado el consentimiento los padres o el tutor. Se aborda también la posibilidad de revocar el consentimiento a la intromisión en la imagen que permite claramente la ley orgánica 1/1982 cuando ello sucede en el seno de un contrato sobre la imagen pues en este caso la revocación de la autorización a la intromisión en el derecho de la personalidad puede entrar en conflicto con el consentimiento contractual que se ha prestado.

Del derecho a la intimidad se analiza el funcionamiento y excepciones del deber de secreto médico en relación al menor de edad, la protección de los datos personales en el ámbito de las nuevas tecnologías y la protección jurídica del origen adoptivo del menor.

En el derecho al honor se estudia si es un derecho disponible, como parece deducirse de la literalidad de la ley orgánica 1/1982, o no y, en caso de serlo, si ello debe mantenerse en relación al menor de edad. Además se analiza el art. 7 de la ley orgánica 1/1982 y el art. 4 de la ley orgánica 1/1996 para elaborar una teoría general acerca de cuándo y cómo es vulnerado el derecho al honor del menor.

En un trabajo como el presente no puede dejar de abordarse la cuestión relativa a la manera en que el derecho al honor, la intimidad y la imagen actúan como límites a la libertad de información. Aunque el Tribunal Constitucional ha ido estableciendo una serie de criterios de ponderación para determinar cuándo debe primar uno u otro derecho, aquéllos deben estudiarse de nuevo a la luz de la problemática que se plantea en los derechos a la imagen, la intimidad y el honor del menor. Asimismo, se hace una referencia, dado los crecientes problemas que ello plantea, a la protección de estos derechos del menor en el ámbito de Internet.

En lo referente a la integridad física del menor se trata principalmente el problema del consentimiento informado a los tratamientos e intervenciones médicas pues debe determinarse cuándo puede prestar el consentimiento el menor y cuándo deberán hacerlo sus representantes legales. Además se estudia la aplicación de la teoría general del consentimiento informado a situaciones

concretas que presentan una especial problemática: sida, transfusiones de sangre, aborto, psicología y psiquiatría.

Por último, se aborda el estudio del derecho al nombre del menor teniendo en cuenta que la naturaleza mixta del derecho supone buscar el equilibrio entre la imperatividad propia del orden público y el ejercicio del derecho de la personalidad. Se analiza la atribución y modificación del nombre y apellidos del menor y la participación que éste puede tener al respecto haciendo especial mención a las particularidades que este tema presenta en relación al menor de edad adoptado.



## CAPÍTULO 1: LA TUTELA DE LA PERSONALIDAD EN EL MENOR DE EDAD.

*Sumario* : 1. ESTADO DE LA CUESTIÓN.- 2. LA PROTECCIÓN DE LA PERSONALIDAD: 2.1. Tesis monista, pluralista y mixta; 2.2. Derechos fundamentales y derechos de la personalidad; 2.3. La dignidad y la personalidad como cláusulas generales de las que emanan derechos; 2.4. Aceptación de la categoría de derecho subjetivo pero no como único medio de tutela de la personalidad; 2.5. Los bienes jurídicos de la personalidad: 2.5.1. Los bienes jurídicos de la personalidad en el menor de edad; 2.5.2. La protección del honor *post mortem*; 2.5.3. La protección *post mortem* del derecho moral de autor; 2.5.4. La protección del *nasciturus*; 2.6. Interés legítimo y funcionalización de determinadas instituciones; 2.7. Recapitulación.- 3. ART. 162.2 CC Y ART. 155.2 CF: 3.1. El art. 162.2 CC; 3.2. El art. 155.2 CF.- 4. ACTUACIÓN DE LOS PADRES CUANDO NO HAY SUFICIENTE MADUREZ POR PARTE DEL HIJO MENOR DE EDAD: LA REPRESENTACIÓN LEGAL COMO EXCEPCIÓN.- 5. LA DEFENSA JUDICIAL DE LOS BIENES JURÍDICOS DE LA PERSONALIDAD DEL MENOR: 5.1. Legitimación de los menores de edad; 5.2. Legitimación de los titulares de la patria potestad; 5.3. Legitimación del Ministerio Fiscal.- 6. INTERÉS DEL MENOR: 6.1. Origen del concepto; 6.2. Concepto; 6.3. Criterios para determinar el contenido esencial del interés del menor: 6.3.1. Los deseos del menor; 6.3.2. Aprendizaje de determinados valores y normas sociales; 6.3.3. Participación y audiencia del menor.- 7. ÁMBITO DE ACTUACIÓN DEL MENOR: LA CAPACIDAD NATURAL.

### 1. ESTADO DE LA CUESTIÓN.

Tradicionalmente se ha aceptado entre la doctrina continental la dicotomía capacidad jurídica-capacidad de obrar. Según esta doctrina la capacidad jurídica es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones<sup>1</sup> por lo que forma parte del aspecto estático de la capacidad<sup>2</sup>. El art. 10.1 CE reconoce en toda persona el derecho a que sea respetada su dignidad, los derechos que le son inherentes y el libre desarrollo de su personalidad. La personalidad jurídica es la plasmación, la proyección jurídica de la cualidad de ser persona<sup>3</sup> y es, por esa misma razón, inherente a todo individuo<sup>4</sup>. Toda persona por el hecho de serlo tiene

---

<sup>1</sup> Así DELGADO ECHEVERRÍA en LACRUZ BERDEJO, J.L.; *Elementos de Derecho Civil*, I-2º, Madrid, 2000, pág. 2 y ss., DÍEZ-PICAZO, L.-GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Madrid, 1992, pág. 224, CASTÁN TOBEÑAS, J.; *Derecho civil español común y foral*, vol. I-2º, Madrid, 1984, pág. 160-162, DE CASTRO Y BRAVO, F.; *Derecho civil de España*, Madrid, 1991, pág. 45, HUALDE SÁNCHEZ, J.J. en PUIG FERRIOL, L., GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., GIL RODRÍGUEZ, J., HUALDE SÁNCHEZ, J.J.; *Manual de derecho civil*, vol. I, Madrid- Barcelona, 2001, pág. 110 y ss. y ALBALADEJO GARCÍA, M.; *Derecho civil*, I-1º, Barcelona, 1996, pág. 226 que habla de idoneidad para ser titular de relaciones jurídicas.

<sup>2</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J.; *Op. Cit.*, vol. I-2º, pág. 162.

<sup>3</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F.; *Op. Cit.*, pág. 47.

<sup>4</sup> La personalidad es una característica inherente en el hombre que en modo alguno es creada por el derecho como reconoce unánimemente la doctrina moderna. Así, CABANILLAS SÁNCHEZ, A.; *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart), Madrid, 1993, pág. 764-767, ROCA TRÍAS, E.; *Comentario del Código civil* (Dir. Paz Ares Rodríguez, C.), Tomo I, Madrid, 1991, pág. 224, DE CASTRO Y BRAVO, F.; *Op. Cit.*, pág. 27,

personalidad jurídica como consecuencia del derecho a la igualdad<sup>5</sup> consagrado en el art. 14 CE. Sin embargo, es cierto que dicha igualdad se manifiesta solamente en el ámbito de la dignidad y la personalidad consideradas como valores superiores en el art. 10.1 CE<sup>6</sup> pues, en el resto de derechos y obligaciones, la igualdad se proyecta únicamente en un plano abstracto e ideal como aptitud meramente potencial de ser titular de ellos que podrá o no materializarse en la práctica<sup>7</sup>.

En cambio, la capacidad de obrar se sitúa en el ámbito dinámico de la capacidad como la aptitud para ejercer por uno mismo los derechos y obligaciones sin necesidad de que intevenga representante legal<sup>8</sup>. La capacidad de obrar, a diferencia de lo que sucede con la capacidad jurídica, no es igual en todas las personas sino que se fundamenta en la madurez personal del individuo<sup>9</sup>.

---

HERVADA, J.; "Concepto jurídico y concepto filosófico de persona" en *La ley*, 1981, nº1, pág. 943, HERNÁNDEZ GIL, A.; "La persona en la Constitución", en *Obras Completas*, Tomo 7, Madrid, 1988, pág. 317, GORDILLO CAÑAS, A.; *Capacidad, incapacidades, y estabilidad de los contratos*, Madrid, 1986, pág. 15. La personalidad es el criterio previo que determina la posibilidad de adquirir derechos y obligaciones con lo cual la personalidad es el paso previo a la capacidad jurídica como dice ROCA TRÍAS, E.; *Op. Cit.*, pág. 223-224.

<sup>5</sup> Así lo hace notar STANZIONE, P.; *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino, 1975, pág. 28-29.

<sup>6</sup> HUALDE SÁNCHEZ, J.J.; *Op. Cit.*, vol. I, pág. 109.

<sup>7</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ BERDEJO, J.L.; *Op. Cit.*, vol. I-2º, pág. 11-12 que afirma que "debe advertirse que la homogeneidad del concepto de capacidad jurídica no significa pues, que todos los hombres tengan *in actu* y en cada momento las mismas oportunidades y posibilidades en el campo del Derecho, y sí que a cada uno se le brinda en el momento de nacer un elenco exactamente igual de posibilidades abstractas...", HUALDE SÁNCHEZ, J.J. en PUIG FERRIOL, L.-GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.- GIL RODRÍGUEZ, J.-HUALDE SÁNCHEZ, J.J.; *Manual de Derecho Civil*, cit., vol. I, pág. 110-111, CASTÁN TOBEÑAS, J.; *Op.Cit.*, vol. I-2º, pág. 163.

<sup>8</sup> HUALDE SÁNCHEZ, J.J. en PUIG FERRIOL, L.-GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.- GIL RODRÍGUEZ, J.-HUALDE SÁNCHEZ, J.J.; *Manual de Derecho Civil*, cit., vol. I, pág. 111, DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ BERDEJO, J.L. *Op.Cit.*, vol. I-2º, pág. 11-12, CASTÁN TOBEÑAS, J.; *Op.Cit.*, vol. I-2º, pág. 162, Díez-PICAZO, L.-GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Op.Cit.*, vol. I, pág. 224. Algunos, incidiendo en el elemento formalista, dicen que es la aptitud para ejercer derechos y obligaciones con eficacia jurídica. Así, DE CASTRO Y BRAVO, Federico; *Derecho civil de España. Derecho de la persona. La persona y su estado civil*, Tomo II, Parte 1ª, Madrid, 1952, pág. 49-50.

<sup>9</sup> Así, DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ BERDEJO, J.L.; *Op.Cit.*, vol. I-2º, pág. 12 y 101, CASTÁN TOBEÑAS, J.; *Op.Cit.*, vol. I-2º, pág. 163-164, HUALDE SÁNCHEZ, J.J.; *Op.Cit.*, vol. I, pág. 109-110. En contra, DE CASTRO Y BRAVO, F.; *Op.Cit.*, pág. 48-51 donde afirma que "La doctrina jurídica ha sufrido uno de sus errores mayores de dirección al aceptar como axioma que la capacidad de obrar estaba determinada en el derecho por la aptitud natural del individuo para conocer, saber y querer". Entiende este autor que ello ha llevado a la creencia de que el menor de edad no tiene capacidad natural lo cual no es cierto como demuestra el hecho de que el menor está

Siendo rigurosos con este criterio, por tanto, debería establecerse un control del grado de autogobierno de cada individuo en cada acto de trascendencia jurídica que éste realizara pues la capacidad natural varía de un individuo a otro<sup>10</sup> y se requiere en mayor o menor grado en función del acto jurídico que se realice. Sin embargo, la seguridad y la agilidad que exige el tráfico jurídico han provocado que se considerara excesivamente gravoso averiguar para cada acto jurídico la concurrencia o no de capacidad natural. Por ello, para la mentalidad del codificador del siglo XIX era especialmente importante crear un sistema mediante el cual los operadores jurídicos y económicos pudieran confiar en la validez de los contratos y ello se consigue a través de la determinación de un criterio fijo de edad que actualmente se establece a los 18 años<sup>11</sup>. Por tanto, a partir de los 18 años la persona tiene plena capacidad de obrar mientras que por debajo de esa edad la tiene limitada<sup>12</sup>. De esta forma, la existencia o no de capacidad de obrar implicaría un determinado estado civil<sup>13</sup>.

---

capacitado para realizar determinados actos. Según DE CASTRO, la capacidad de obrar depende del estado civil y de la condición de la persona aunque concede que “mediatamente puede estar afectada por la aptitud natural del individuo”. Sin embargo, no siempre se ha seguido este criterio pues en Derecho romano se distinguía entre la infancia que se alcanzaba a los siete años, la pubertad que llegaba a los 12 en la mujer y 14 en el hombre y que provocaba la salida del régimen de tutela para pasar al de curatela que duraba hasta los 25 años. En Derecho romano no se perdía la condición de *alieni iuris* hasta que el pater familias fallecía o éste emancipaba al hijo por lo que la dependencia paterna podía durar prácticamente toda la vida. Ello no puede ser así en nuestro ordenamiento jurídico donde la patria potestad tiene una función tuitiva que no puede mantenerse cuando la persona ya no requiere protección alguna por tener capacidad suficiente para regir su persona con autonomía y responsabilidad. Así, DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ BERDEJO, J.L.; *Op.Cit.*, vol. I-2º, pág. 101-102. El fundamento de la capacidad ha venido marcado por los valores imperantes en cada sociedad y las funciones que ésta asignaba a la persona. Así en las sociedades guerreras se valoraba la posibilidad física de portar armas, en otras se tiene en cuenta la posibilidad de procrear,... VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R. en MONTÉS PENADES, V.L. (coord.); *Derecho Civil. Parte general*, Valencia, 1995., pág. 357, DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ BERDEJO, J.L.; *Op.Cit.*, vol. I-2º, pág. 101.

<sup>10</sup> STANZIONE, P.; *Capacità e minore età...*, cit., pág. 272-273.

<sup>11</sup> Así lo establece el art. 12 CE y el art. 315 CC. Sin embargo, la fijación del límite de edad ha sufrido en la historia jurídica una evolución a la baja pues de los 23 años que establecía la redacción originaria del CC se rebajó a los 21 rigiendo actualmente la edad de 18 años. Para un estudio en detalle de la evolución del límite de edad para establecer la mayor edad, GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.; *La nueva normativa...*, cit., pág. 152 y ss, TORTORICI PASTOR, C.; *Op. cit.*, pág. 45-46 y CASTÁN TOBEÑAS, J.; *Op. Cit.*, vol. I-2º, pág. 174-175.

<sup>12</sup> Nótese, sin embargo, que el menor de edad no es un incapaz sino que simplemente tiene limitada su capacidad de obrar en la medida en que sus capacidades intelectuales y emocionales están todavía en desarrollo y no han alcanzado su plenitud. Fue pionero en la defensa de esta tesis DE CASTRO Y BRAVO, F.; *Op. Cit.*, pág.174 y ss. y actualmente es defendida prácticamente por toda la doctrina. Así, GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. en PUIG FERRIOL, L.-GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.- GIL RODRÍGUEZ, J.-HUALDE SÁNCHEZ, J.J.; *Manual de Derecho Civil*, cit., vol. I, pág. 168 donde afirma que “es unánime la tesis que considera que el punto de partida es el de la capacidad del menor de edad, capacidad, sin embargo, que no es plena sino



Sin embargo, junto a esta tesis formalista de la capacidad de obrar existe una tendencia cada vez mayor a tener en cuenta la capacidad natural del menor de edad en aras a otorgar eficacia a los actos jurídicos que éste realice<sup>14</sup>. Así, mientras que la capacidad jurídica es una manifestación y consecuencia necesaria de la personalidad, la capacidad de obrar, si bien parte de la existencia de la personalidad, se fundamenta en la capacidad natural o autogobierno<sup>15</sup> de tal manera que siempre que exista capacidad natural deberá reconocerse al menor capacidad de obrar<sup>16</sup>. Lo contrario sería vulnerar el libre desarrollo de la

---

limitada, pero no por ser incapaz sino en función de su propio desarrollo, de acuerdo con la capacidad de entendimiento” y la misma autora en *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar...*, cit., pág. 30 y ss. donde igualmente sostiene que “La minoría de edad no es hoy, claramente, un supuesto de incapacidad (...) sino sólo de limitación de la capacidad de obrar, en la que los principios rectores son: la necesidad de protección del menor (...), la existencia de previa capacidad de obrar en toda persona” y TORTORICI PASTOR, C.; *Op. Cit.*, pág. 58 y ss. Parecen defender también esta tesis aunque matizadamente, DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ BERDEJO, J.L.; *Op. Cit.*, vol. I-2º, pág. 105 y ALBALADEJO GARCÍA, M.; *Op. Cit.*, I-1º, pág. 250-251 y Díez-Picazo, L.-Gullón Ballesteros, A.; *Op. Cit.*, vol. I, pág. 240-241 pues aunque dice que “al menor se le considera como incapaz de gobernarse a sí mismo” añade que ello “no significa que el menor vea anulada toda su capacidad de obrar”. Ver también BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ, CANO, R.; *Derecho de la persona*, Madrid, 1976, pág. 24 y ss. Las consecuencias de tal afirmación no son baladíes pues, si se parte de que hay limitación, la norma general es la capacidad de obrar y su no existencia una excepción mientras que si se acepta la incapacidad del menor la regla sería la falta de capacidad de obrar. Así lo hace notar VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R.; “La capacidad y los estados de la persona”, en MONTÉS PENADÉS, V.L.; *Op. Cit.*, pág. 360 y STANZIONE, P.; *Op. Cit.*, pág. 293 donde afirma que el tema “assume notevole rilevanza poiché, se si propende per l’incapacità durante la minore età, gli atti eventualmente consentiti degradano a eccezioni: la più importante conseguenza è che la capacità d’agire del minore risulta di stretta interpretazione.- Mentre, se si sostiene che nel periodo di tempo indicato v’è, in linea di principio, capacità del soggetto in deriva che da interpretare restrittivamente sono proprio le limitazioni, determinandosi, in pratica, un’apertura verso una maggiore libertà di attuazione della persona”.

<sup>13</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F.; *Op. Cit.*, pág. 48 y ss. dice: “La doctrina jurídica ha sufrido uno de sus mayores errores de dirección al aceptar como axioma que la capacidad de obrar estaba determinada en el Derecho por la aptitud natural del individuo para conocer, saber o querer”... “No puede admitirse que la capacidad de obrar y su extensión dependan de la aptitud natural psicológica. La economía de los textos legales muestra que la capacidad de obrar depende del estado civil, y, en su caso, de la condición civil de las personas”. De ahí que poco después defina la capacidad de obrar como la “cualidad jurídica de las personas que determina -conforme a su estado- la eficacia jurídica de sus actos”.

<sup>14</sup> RAMOS CHAPARRO, Enrique; *La persona y su capacidad civil*, Madrid, 1995, en especial, págs. 143 y ss., GORDILLO CAÑAS, Antonio; *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Madrid, 1986, págs. 82 y ss y GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen; *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Madrid, 1985, págs. 30-31 quien afirma que, si bien la regla general es que el menor tiene limitada su capacidad de obrar, “la capacidad natural calificada como “suficiencia de juicio”, “condición de madurez” o “discernimiento” (cfr. artículos 92.2; 156.2; 162 y 287 CC) vuelve, de nuevo, a tomarse en consideración”.

<sup>15</sup> GORDILLO CAÑAS, Antonio; *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Madrid, 1986, pág. 38-39.

personalidad. La capacidad jurídica debe reconocerse al individuo pura y simplemente y la capacidad de obrar de forma graduable en función de la capacidad natural<sup>17</sup>. Si bien la tesis realista está plenamente aceptada en relación a la capacidad jurídica, parece que en relación a la capacidad de obrar esta tesis realista, a la que aquí nos sumamos, sólo últimamente gana adeptos.

Esta tendencia a otorgar relevancia jurídica a la capacidad natural o madurez de los menores de edad en aras a conceder la capacidad de obrar es especialmente marcada en el territorio de los derechos de la personalidad y es precisamente en este ámbito donde surgieron las primeras voces para sostener que, si bien la dicotomía capacidad jurídica-capacidad de obrar podía tener alguna utilidad en el ámbito patrimonial, era insostenible en el ámbito de la personalidad<sup>18</sup>. En efecto, según esta teoría, la personalidad es un valor unitario en el ordenamiento jurídico por lo que, aceptar la titularidad de los derechos fundamentales pero negar su ejercicio, equivale a negar la existencia misma del derecho y convierte la tutela de la personalidad en una falacia. Negar la capacidad de obrar en el ámbito de los derechos de la personalidad cuando existe madurez suficiente para ejercerlos es un ataque directo a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad reconocidos en el art. 10.1 CE como valores superiores del ordenamiento por lo que aquella postura puede ser considerada inconstitucional.

---

<sup>16</sup> JORDANO FRAGA, F.; “La capacidad general del menor”, en *Revista de Derecho Privado*, 1984, en especial, págs. 891-892 donde dice que “la capacidad general de los menores no emancipados, a más de ser, por definición, de ámbito limitado, sería variable o flexible, en función del grado de desarrollo intelectual y personal que socialmente le corresponde a cada edad”, GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.; *La nueva normativa...*, cit., pág. 30 donde afirma: “Parece como si la actual regulación, haciendo caso omiso, de la unidad que dispusiera el Código civil de 1889 volviera al sistema anterior: diversas edades alcanzan trascendencia propia (doce, catorce, dieciséis años fundamentalmente) a parte de los dieciocho de la mayoría de edad (...) o los dieciséis de la emancipación (...); la capacidad natural calificada como “suficiencia de juicio”, “condiciones de madurez” o “discernimiento” (...) vuelve, de nuevo a tomarse en consideración”, O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier; “Personalidad y derechos de la personalidad (Honor, intimidad e imagen) del menor, según la ley de protección del menor”, en *La ley*, 1996-4, D-239, págs. 1248-1249, GORDILLO CAÑAS, A., *Op. Cit.*, pág. 47 y ss, y, sobre todo, RAMOS CHAPARRO, Enrique; *La persona y su capacidad civil*, Madrid, 1995, en especial, págs. 195-196 y 281-287.

<sup>17</sup> GORDILLO CAÑAS, A.; *Op. Cit.*, págs. 56-57.

<sup>18</sup> La doctrina italiana fue pionera en esta tesis. Su principal defensor fue STANZIONE, P., *Capacità e minore età...*, pág. 130-131, 164-166, 242 y 250 donde dice que “se taluni diritti, più di altri, sono concepiti ai fini dello sviluppo della persona umana (...), non ha alcun valore riconoscere astrattamente uno di essi senza concedere anche la possibilità di esercitarlo immediatamente. La conseguenza è che per tali situazioni non ha senso ricorrere alla figura della capacità giuridica e della capacità d’agire”.

El art. 10.1 CE se sitúa en el encabezamiento del título I de la Constitución como una manifestación de que la personalidad es un valor unitario que se configura como el epicentro del ordenamiento jurídico y que informa el resto de instituciones jurídicas. Por ello, no tiene sentido que los supuestos jurídicos relacionados con la personalidad se adecúen, sigan esquemas y estructuras inicialmente pensadas para situaciones patrimoniales pues el ámbito de la personalidad debe tener su propio sistema de protección. Si en la esfera patrimonial empiezan ya a quedar obsoletas y deben matizarse, en el de la personalidad son inaceptables.

Mantenemos aquí que la capacidad natural debe operar tanto en el ámbito patrimonial como en el de la personalidad<sup>19</sup>. Ahora bien, mientras que en relación a los derechos de la personalidad la apreciación de la existencia de madurez debe hacerse de forma rigurosa, en lo patrimonial la consideración o no de la capacidad natural puede ser sometida a una mayor flexibilidad<sup>20</sup>. En efecto, los derechos de la personalidad son expresión directa de la dignidad y la personalidad del individuo de tal manera que no dar aquí valor a la existencia de madurez implica un menoscabo directo de los valores del art. 10.1 CE.

Por el contrario, en el ámbito patrimonial también la capacidad de obrar es una manifestación de la personalidad pero sólo de forma indirecta pues los derechos patrimoniales no recaen sobre cualidades directas del individuo como sucede con los derechos de la personalidad.

---

<sup>19</sup> La doctrina italiana, en cambio, entiende que la dicotomía capacidad jurídica-capacidad de obrar debe mantenerse en el ámbito patrimonial sin que quepa en éste el juego de la capacidad natural que sólo deberá defenderse para el ámbito de la personalidad. Así, STANZIONE, P.; *Capacità e minore età...*, cit., pág. 249 donde afirma que “la dicotomia capacità giuridica-capacità d’agire è sorta de opera nell’ambito dei rapporti patrimoniali: meglio delle situazioni giuridiche soggettive patrimoniali. Se invece si vuole trasferirla da queste alle situazione giuridiche che si è convenuto di denominare personale, allora la difficoltà diventano insormontabili”. Sin embargo, consideramos que también la tesis realista debe aplicarse en el ámbito patrimonial. Cuestión diferente es que por los motivos que se exponen *infra* la aplicación de la categoría de la capacidad natural deba ser rigurosa en relación a los derechos de la personalidad y pueda ser más flexible en el ámbito económico.

<sup>20</sup> Según interpreto, también así RAMOS CHAPARRO, E.; *La persona y su capacidad...*, cit., págs. 246-247 que justifica la mayor rigidez en la aplicación de la madurez en el ámbito patrimonial porque, por la misma generalidad de la norma, se contribuye con ello a hacer más reales y efectivas la igualdad y la libertad de los individuos.

Además hay que tener en cuenta que, junto a los intereses económicos del menor coexisten aquí otros intereses. Es conveniente que en aras a la seguridad del tráfico jurídico se establezcan unos criterios orientativos sobre cuándo el menor puede actuar por sí mismo pues, si bien en algunos casos la existencia de autogobierno es evidente, en otros puede no ser tan clara de manera que puede existir cierta incertidumbre para el tercero en relación a si debe contratar con el representante legal o debe hacerlo con el menor. Ello no sucede en los derechos de la personalidad donde, como regla general, sólo al menor afecta su actuación con suficiente autogobierno.

Finalmente, hay que tener en cuenta que en el ámbito patrimonial los intereses económicos del menor siempre quedan protegidos por la actuación del representante legal sin que la imposibilidad de actuar por sí mismo suponga un menoscabo de la personalidad del menor. La protección de los intereses económicos del menor que persigue el ordenamiento jurídico queda garantizada en la esfera patrimonial con la intervención del representante legal incluso cuando el menor tuviera suficiente madurez para hacerlo mientras que, en el ámbito de la personalidad, la intervención de los padres cuando el menor tiene suficiente capacidad natural es un menoscabo directo de los intereses existenciales que se pretenden tutelar y, por tanto, debe evitarse.

Por ello, es la capacidad natural la que debe marcar el criterio para determinar la posibilidad de ejercer los derechos de la personalidad por sí mismo de manera que el menor de edad podrá ejercer sus derechos fundamentales siempre que tenga suficiente autogobierno<sup>21</sup>. Manifestación legal de esta tesis es el art. 162.2 CC que exceptúa de la representación legal 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”. Por su parte, el art. 155.2 a) CF excepciona de la representación legal de los padres “els

---

<sup>21</sup> VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R.; en MONTÉS PENADÈS, V.L. (coord); *Derecho Civil. Parte General.*, Valencia, 1995, pág. 361-362. En la doctrina italiana, STANZIONE, P., *Capacità e minore età...*, pág. 184-185, “Interesse del minore e “statuto” dei suoi diritti”, en *Studi in memoria de Gino Gorla*, Milano, 1994, pág. 1755 y en “Capacità” en *Studi di diritto civile*, Napoli-Roma, 1986, págs. 84-85 y RUSCELLO; F; *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, Milano, 1996, pág. 41 y ss.

actes relatius als drets de la personalitat llevat que les lleis que els regulin ho disposin altrament” de tal manera que los hijos con suficiente madurez podrán actuar por sí mismos<sup>22</sup>.

Pero es un error pensar que, cuando se permite que el menor ejerza sus derechos de la personalidad al alcanzar la madurez, se protege definitivamente la personalidad. Por el contrario, si bien el criterio de la madurez conlleva una mejor protección de los derechos de la personalidad, únicamente traslada el problema a un estadio anterior. En efecto, no es preciso que el menor alcance la mayoría de edad para que pueda ejercer sus derechos fundamentales sino que es suficiente con que tenga capacidad natural. Ahora bien, ¿qué ocurre cuando ni siquiera tiene suficiente madurez para ejercer esos derechos?. Se trata de estudiar, por tanto, cómo se protege la personalidad cuando el menor tiene suficiente autogobierno -ámbito de actuación del menor y de excepción de la representación legal- y cómo se protege la personalidad cuando el menor no tiene suficiente madurez -ámbito presumiblemente excluido de la actuación de la excepción a la representación legal pero en el que no puede actuar el menor por sí mismo.

## **2. LA PROTECCIÓN DE LA PERSONALIDAD.**

### **2.1. Tesis monista, pluralista y mixta.**

La teoría monista parte de que la defensa de la personalidad debe construirse a través de un único derecho de la personalidad pues éste es un valor unitario de imposible fraccionamiento en múltiples situaciones jurídicas<sup>23</sup>.

Este planteamiento comporta una gran flexibilidad en la defensa de la personalidad en la medida en que en ella tienen cabida todas las posibles manifestaciones de la misma<sup>24</sup>. Sin embargo, por esa misma razón hay cierta

---

<sup>22</sup> Así, MIRALLES GONZÁLEZ, Isabel; *Comentaris al Codi de Família, a la llei d'unions estables de parella i a la llei de situacions convivencials d'ajuda mútua* (Directors Joan EGEA I FERNÁNDEZ i Josep FERRER I RIBA), Madrid, 2000, pág. 717.

<sup>23</sup> Así PERLINGIERI, P.; *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino, 1972, págs. 66-85 y 183-189 donde reconoce que, si bien el derecho de la personalidad es único, es cierto que al ser aquél un valor elástico caben en él diferentes situaciones jurídicas que, aunque plurales, deben enmarcarse en un valor único. También defiende esta teoría BIGLIAZZI GERI, Lina; *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967, págs. 265-270.

vaguedad en relación a las situaciones jurídicas efectivamente reconocidas o incluidas en tal derecho general lo cual comporta cierta dosis de inseguridad jurídica en la tutela de la personalidad.

La mayor parte de la doctrina defiende la tesis pluralista según la cual la personalidad se protege a partir de una multiplicidad de derechos subjetivos que tienen por objeto manifestaciones de aquélla<sup>25</sup>. Es común en esta tesis partir de la pluralidad de derechos pero hacer referencia al valor unitario de la personalidad como origen de los mismos.

Sin duda conlleva esta teoría una mayor seguridad jurídica en la medida en que está determinada cada una de las parcelas integrantes de la personalidad que merece protección<sup>26</sup>. Sin embargo, tiene la desventaja de que aquéllos derechos no reconocidos de forma expresa por el ordenamiento jurídico son difícilmente tutelables. De ahí que, especialmente en países que sufrieron periodos políticos de totalitarismo y tras la 2ª guerra mundial, se buscaran fórmulas alternativas que evitaran este problema<sup>27</sup>.

Fruto de ello son las teorías mixtas que, junto a la aceptación de la existencia de una pluralidad de derechos de la personalidad en el ordenamiento jurídico, defiende la existencia de un derecho general a la personalidad<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> Destaca esta ventaja CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto; "Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad" en *Libro homenaje al Profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1984, págs. 104-105.

<sup>25</sup> STANZIONE, P.; *Capacità e minore età...*, cit., págs. 90 y ss, DE CUPIS, A.; *I diritti della personalità*, Vol. I en CICU, Antonio-MESSINEO, Francesco; *Trattato di diritto civile e commerciale*, Tomo IV-1, Milano, 1973, págs. 28-33, LÓPEZ JACOISTE, José Javier; "Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad", en *Anuario de Derecho Civil*, 1986, pág. 1067-1075 y BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José; *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad. Discursos leídos ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 1976, pág. 29.

<sup>26</sup> Así, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H., *Op. Cit.*, pág. 105.

<sup>27</sup> LARENZ, K.; "El derecho general de la personalidad en la jurisprudencia alemana", en *Revista de Derecho Privado*, 1963, págs. 639-641 explica como en Alemania la existencia de una regulación escasa e incompleta de derechos de la personalidad y la reacción contra la barbarie que supuso la 2ª guerra mundial en el menosprecio de los valores humanos, hacen aparecer voces que reclaman un derecho general de la personalidad.

<sup>28</sup> LARENZ, Karl; *Tratado de Derecho Civil. Parte General* (Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picarea), Jaén, 1978, págs. 97-98 y 160-165. Entre nuestra doctrina parece defender esta tesis CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H.; *Op. Cit.*, pág. 105.

Principal manifestación de esta tesis la encontramos en el derecho alemán. Así, el art. 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn establece el deber incondicional de proteger y respetar la dignidad humana y el art. 2.1 del mismo cuerpo normativo reconoce el derecho que toda persona tiene al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral. Esto ha llevado a la jurisprudencia alemana a reconocer un derecho general de la personalidad<sup>29</sup>. Sin embargo, de forma paralela y simultánea a tal derecho general se recogen en el ordenamiento jurídico una pluralidad de derechos especiales de la personalidad<sup>30</sup>. Parece que también sucede así en el ordenamiento jurídico portugués a tenor del art. 70 del CC que, bajo la rúbrica “tuela geral da personalidade”, dice que “A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral” para recoger después derechos concretos de la personalidad como el derecho al honor (art. 71 CC), derecho al nombre (arts. 72 a 74 CC), derecho a la intimidad (arts. 75,76, 77, 78, 80 CC) y derecho a la imagen (art. 79 CC).

Esta tesis tiene la ventaja de que aquellas parcelas o manifestaciones de la personalidad, que no reciben protección expresa del ordenamiento jurídico porque en él no existe un derecho específico en tal sentido, no quedan desprotegidas pues encuentran tutela a través de su inclusión en el derecho general de la personalidad. La protección se configura a partir de la incardinación en el derecho general de la personalidad. A su vez se supera la vaguedad que supone la existencia de un único derecho de la personalidad en la medida en que éste se concreta en una pluralidad de derechos.

Sin embargo, también presenta esta tesis una desventaja. En efecto, si bien como punto de partida es la más completa, implica que la personalidad sólo

---

<sup>29</sup> LARENZ, K.; *Tratado...*, cit., pág. 97 y en especial “El derecho general de la personalidad...”, cit., pág. 644-645 donde afirma: “La inclusión del derecho general de la personalidad en la práctica jurídica alemana a través del Tribunal Supremo Federal se manifiesta más bien como un acto de manifiesta creación judicial del Derecho, que solamente puede hallar su justificación en un principio estático jurídico declarado con especial intensidad en la Ley Fundamental o Constitución federal, en virtud del cual se ordena la protección de la dignidad e intangibilidad moral de la persona humana”.

<sup>30</sup> Así, el art. 12 del BGB reconoce el derecho al nombre, el art. 4 de la Ley Fundamental reconoce la libertad de creencia, de conciencia y de confesión, el art. 5 de la Ley Fundamental la libertad de opinión, el art. 8 de la misma norma la libertad de reunión,...

puede ser defendida desde el punto de vista del derecho subjetivo. Ello plantea dos cuestiones, a saber: la primera, resolver si efectivamente los derechos de la personalidad son derechos subjetivos u otra figura. La segunda, si, aceptada la calificación como derecho subjetivo, esta categoría garantiza plenamente la tutela de la personalidad o es conveniente acudir a otras figuras.

## **2.2. Derechos fundamentales y derechos de la personalidad.**

Mediante la codificación civil se intenta proteger de forma privatista la personalidad mientras que en el ámbito constitucional se pretende proteger tal valor desde el punto de vista público. Es tras la 2ª guerra mundial cuando se trata de superar la vieja dicotomía derechos civiles-derechos políticos en la medida en que no existe una diferencia sustancial entre ellos<sup>31</sup>.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico todo este proceso ha quedado diluido por la evolución de la historia política del país. En efecto, durante el periodo dictatorial se carecía de Constitución en España toda vez que en nuestro CC, altamente influido por la mentalidad burguesa del legislador decimonónico, más interesado en salvaguardar intereses patrimoniales que personales, no regula de forma expresa los llamados derechos de la personalidad. Por ello, en el periodo de la dictadura franquista se carecía en nuestro ordenamiento tanto de la figura del derecho fundamental como del derecho de la personalidad.

Ahora bien, pese a discusiones doctrinales sobre su existencia real, se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico, gracias al trabajo jurisprudencial, el concepto de derechos de la personalidad a través de la responsabilidad aquiliana del art. 1902 CC. Es decir, la jurisprudencia aprovechó las herramientas que le ofrecía el Derecho positivo, que inicialmente no estaban pensadas para proteger el ámbito de la personalidad, para crear la figura de los derechos de la personalidad. Con todo, ello se llevó a cabo con las limitaciones propias de la situación política, tanto en relación a la cantidad de derechos protegidos como al

---

<sup>31</sup> OLIVEROS LAPUERTA, M.V.; *Op. Cit.*, pág. 16.



grado de protección como, sobre todo, a que la oposición del derecho se circunscribe a la esfera de los particulares.

Es probable que, por este motivo, al recoger la Constitución española de 1978, los llamados derechos fundamentales se entendiera que éstos eran derechos exclusivos del ámbito público y como tales defendibles frente al Estado<sup>32</sup> mientras que los derechos de la personalidad eran derechos privados defendibles frente a los particulares. De ahí que haya quien considere que derechos fundamentales y derechos de la personalidad no hacen referencia a la misma realidad<sup>33</sup>. Sin embargo, en la actualidad ello no se puede mantener en base a varios argumentos. En primer lugar, doctrina<sup>34</sup> y jurisprudencia constitucional<sup>35</sup> han reconocido que los derechos fundamentales son recurribles en amparo tanto si los vulnera el propio Estado como si lo hace un particular. Es cierto que las desigualdades en el ámbito de las relaciones Estado-ciudadano hicieron necesaria la configuración de los derechos fundamentales como una garantía que podía esgrimir el individuo frente al poder estatal que agredía sus derechos. Sin embargo, el Estado no es actualmente el único potencial agresor de los derechos fundamentales sino que, por el contrario, ha pasado a ser el único defensor que tiene el individuo frente a agresiones que provengan de otros particulares<sup>36</sup>.

Por ello, debe afirmarse que los derechos fundamentales pueden defenderse frente al Estado pero también frente a los particulares<sup>37</sup>. En efecto, la

---

<sup>32</sup> ROGEL VIDE, Carlos; *Derecho de autor*, Barcelona, 2002, pág. 15.

<sup>33</sup> Así ROGEL VIDE, Carlos; *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Bolonia, 1985, pág. 151 y ss.

<sup>34</sup> Así, SALAS, J.; “Protección judicial ordinaria y recurso de amparo frente a las violaciones de las libertades públicas”, en *Revista de Derecho Administrativo*, 1980, nº 27, pág. 558, DE LA QUADRA SALCEDO, T.; *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid, 1981, pág. 14-15 y 83-102, DELGADO ECHEVERRÍA, J. en LACRUZ BERDEJO, J.L.; *Elementos de Derecho Civil*, Vol. I-2, pág. 52 y ALBÁCAR LÓPEZ, J.L.; “La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales”, en *La Ley*, 1984, pág. 1206.

<sup>35</sup> STCs 6/82 de 24 de mayo, 450/1985 de 10 de octubre de 1988, 1247/1986 de 2 de diciembre de 1988.

<sup>36</sup> CABEZUELO ARENAS, Ana Laura; *Derecho a la intimidad*, Madrid, 1998, pág. 122.

*Drittwirkung*, es decir, la posibilidad de alegar los derechos fundamentales frente a los particulares, existe hoy en nuestro ordenamiento jurídico. Lo que ocurre es que, en lugar de tener acceso al recurso de amparo de forma directa e inmediata, es preciso acudir antes al procedimiento preferente y sumario que el art. 53 CE permite interponer ante la jurisdicción ordinaria para la defensa de los derechos fundamentales que han sufrido agresiones de particulares. Cuando esta jurisdicción no acepte las pretensiones del particular, éste podrá recurrir en amparo. Se trata de una *Drittwirkung* mediata o indirecta pero que también permite el amparo ante agresiones de los particulares a los derechos fundamentales<sup>38</sup>. Por tanto, no puede afirmarse que derechos de la personalidad y derechos fundamentales sean derechos diferentes porque los primeros se alegan frente al Estado y los segundos frente a particulares pues el amparo es posible tanto si la agresión proviene del Estado como de un particular, aunque por vías diferentes.

Por otra parte, actualmente interés público y privado coexisten<sup>39</sup>. El Derecho civil debe respetar y ser interpretado conforme a la Constitución por lo que la doctrina de los derechos de la personalidad vendrá influida por la de los derechos fundamentales. Ya no puede mantenerse que el Derecho privado protege únicamente el interés privado puesto que con algunas de sus instituciones también se persigue la protección del interés público o general como ocurre con los derechos de la personalidad que protegen el interés de cada individuo en el ámbito de su personalidad por cuanto ello es una cuestión de interés público.

También se ha argüido que algunos derechos de la personalidad se han recogido como derechos fundamentales pero no todos de tal manera que no pueden equipararse ambas categorías de forma plena<sup>40</sup>. Sin embargo, el Estado

---

<sup>37</sup> CABEZUELO ARENAS, A.L.; *Op. Cit.*, pág. 122 y REBOLLEDO DELGADO, Lucrecio; *El derecho fundamental a la intimidad*, Madrid, 2000, pág. 143-149.

<sup>38</sup> CABEZUELO ARENAS, A.L.; *Op. Cit.*, pág. 127.

<sup>39</sup> OLIVEROS LAPUERTA, M.V.; *Op. Cit.*, pág. 16.

<sup>40</sup> Así, GARCÍA PÉREZ, Carmen; *Titulares de los bienes de la personalidad: Legitimación para defenderlos. Especial referencia a la Ley Orgánica 1/1982*, Valencia, 2001 pág. 32-33 y DE

de Derecho se caracteriza, entre otras cosas, por el reconocimiento de la dignidad y la libertad del ser humano de tal manera que todos los derechos fundamentales se fundamentan en la dignidad personal<sup>41</sup>. Por otra parte, los derechos de la personalidad se caracterizan por ser manifestaciones directas de la personalidad. De esta forma, no es aceptable que en un Estado de Derecho la enumeración de los derechos fundamentales no recoja todos los derechos de la personalidad porque no es pensable que los derechos más inherentes a la persona, los de la personalidad, no tengan reconocida la protección máxima del ordenamiento jurídico mediante su elevación a rango fundamental. Todo derecho de la personalidad está incluido en el valor dignidad de tal manera que deberán incardinarse los derechos de la personalidad no reconocidos expresamente como fundamentales en otros derechos que sí lo estén. Es decir, deberá buscarse la fórmula para incardinar el derecho de la personalidad no recogido como derecho fundamental en otro derecho que sí esté reconocido como tal mediante la búsqueda de un elemento conexo que permita hacer del derecho fundamental en cuestión una interpretación amplia e inclusiva del derecho de la personalidad no recogido expresamente como derecho fundamental.

Pero, en todo caso, es necesario hacer un estudio más detallado de los dos derechos que plantean esta problemática, a saber, el derecho al nombre y el derecho de autor. El derecho al nombre tiene una naturaleza mixta<sup>42</sup> puesto que por una parte, es una cuestión de orden público<sup>43</sup> lo cual implica abundante reglamentación y por otra, en relación a su faceta de manifestación de la identidad personal del individuo nadie duda que estamos ante un derecho de la personalidad<sup>44</sup>.

---

CUPIS, Adriano; "I diritti della personalità", en CICU-MESSINEO; *Trattato di Diritto civile e commerciale* IV-1, Milano, 1973, pág. 25-26.

<sup>41</sup> GARRORENA MORALES, Ángel; *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Madrid, 1992, págs. 165 y ss.

<sup>42</sup> PLANIOL RIPERT, M.; *Traité élémentaire de Droit Civil*, T.I, París, 1943, nº 525, pág. 211 y LINACERO DE LA FUENTE, M.; *El nombre y los apellidos*, Madrid, 1992, pág. 20.

<sup>43</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo; *Derecho de la persona*, Madrid, 1976, pág. 211 y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.; *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Vol. I, Madrid, 1984, pág. 813.

<sup>44</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M.; *Op. Cit.*, pág. 19, FORNER Y DELAYGUA, J.J.; *Nombre y apellidos. Normativa interna e internacional*, Barcelona, 1994, pág. 22, MARTÍNEZ

Ahora bien, es cierto que la Constitución española no recoge de forma expresa el derecho al nombre como un derecho fundamental. Ello, sin embargo, no debe llevar a negar que el derecho al nombre esté protegido constitucionalmente con rango fundamental. En efecto, el art. 10.1 y 2 CE funcionan como cláusulas de reintegración, es decir, cláusulas dirigidas a conseguir una configuración de los derechos fundamentales adecuada a las nuevas exigencias sociales<sup>45</sup>. Los derechos reconocidos en los Tratados Internacionales ratificados por España formarán parte del ordenamiento jurídico español y el derecho al nombre se recoge en los arts. 7 y 8 de la Convención de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, en el art. 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades y en el art. 24.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ello no soluciona, sin embargo, la necesidad de que el derecho al nombre tenga rango fundamental y, por tanto, acceso al amparo. Por ello, debe acudir al art. 10.1 CE que establece que la dignidad y la personalidad serán criterio de interpretación de los derechos fundamentales de forma tal que podemos afirmar que el derecho al nombre forma parte del derecho a la propia imagen y a la intimidad personal recogidos en el art. 18 CE con rango fundamental. Así lo ha afirmado el Tribunal Constitucional<sup>46</sup> y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>47</sup> y así se desprende del art. 7.6 de la

---

CALCERRADA, L.; "Apellidos. La alteración de su orden", en *La ley*, 1982-4, pág. 1102, SOTO NIETO, F.; "Alteración en el orden de los apellidos. Una novedad legislativa", en *La ley*, 1981-4, pág. 920, RODRÍGUEZ CASTRO, Justo; "El nombre civil: concepto, caracteres y naturaleza jurídica", en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1987, nº 1442-1450, pág. 107-109, CASTÁN TOBEÑAS, J.; "Los derechos de la personalidad", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1952, Tomo XXIV, nº 192, pág. 32-33 y *Derecho civil español común y foral...*, Tomo 1, Vol. II, pág. 138, ROGEL VIDE, C.; *Bienes de la personalidad...*, cit., pág. 68, HUALDE SÁNCHEZ, J.J. en PUIG FERRIOL, L.-GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.- GIL RODRÍGUEZ, J.-HUALDE SÁNCHEZ, J.J.; *Manual de Derecho Civil*, cit., vol. I, pág. 348 y ss., DELGADO ECHEVARRÍA, J. en LACRUZ BERDEJO, J.L.; *Op. Cit.*, vol. I, pág. 96-100, BATLLE, M.; "El derecho al nombre", en *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, 1931, nº 159, pág. 284-286, LUCES GIL, F.; *El nombre civil de las personas naturales en el ordenamiento jurídico*, Barcelona, 1977, pág. 76-78. En cualquier caso, sobre la antigua discusión acerca de la naturaleza jurídica del derecho al nombre como derecho de la personalidad puede verse BATLLE, M.; *Op. Cit.*, pág. 275-296

<sup>45</sup> DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T.; "Tratados internacionales y apertura de los derechos fundamentales", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1991, nº 61, pág. 130 y ss.

<sup>46</sup> STC 20/1992, de 14 de febrero de 1992, STC 219/1992 de 3 de diciembre, STC 117/1994 de 25 de abril o en la STC 134/1999, de 15 de julio.

<sup>47</sup> STEDH 7 de julio 1989.

ley orgánica de protección civil del honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen que considera intromisión ilegítima en aquéllos derechos el uso del nombre con fines comerciales, publicitarios o análogos y del art. 4.2 de la ley orgánica 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor que afirma que la difusión o utilización del nombre del menor puede ser una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación.

En relación al derecho de autor, cabe decir que nos encontramos ante un único derecho subjetivo<sup>48</sup> que se compone por unas facultades de tipo personal y otras de contenido patrimonial sin que el tratamiento unitario de ellas implique negar la distinta naturaleza y fundamento de ambos pues mientras que la parte moral del derecho de autor sería un derecho de la personalidad, su contenido patrimonial debería ser tratado como una propiedad especial<sup>49</sup>. Si bien la legislación anterior recogía básicamente un derecho patrimonial de autor el art. 2 de la Ley de Propiedad Intelectual<sup>50</sup> dice que ésta “está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial”. En relación al primero, el llamado derecho moral de autor, debe afirmarse su carácter de derecho de la personalidad porque tiene su origen y fundamento en la personalidad creadora del individuo por lo que no existe una emancipación total de la obra respecto de su autor y de ahí que el art. 14 LPI permita como derechos morales del autor reclamar su autoría, defender su integridad, modificarla,...<sup>51</sup>. Además, el art. 14 LPI afirma expresamente que los derechos morales de autor son irrenunciables e inalienables y ello debe explicarse desde la idea de que el derecho moral de autor se caracteriza por ser un derecho de la personalidad. Además, el art. 155.5 LPI afirma que se reconocen los

---

<sup>48</sup> PLAZA PENADÉS, Javier; *El derecho de autor y su protección en el art. 20.1 b) de la Constitución*, Valencia, 1997, págs. 168 y ss., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo; *Comentarios al art. 1º de la Ley de Propiedad Intelectual* (Dir. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO; R.), Madrid, 1989, pág. 27, GONZÁLEZ LÓPEZ, M.; *El derecho moral de autor en la Ley española de Propiedad Intelectual*, Madrid, 1993, pág. 44, Díez-PICAZO, Luis; *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, Madrid, 1993, pág. 236-237. Por el contrario, defienden una tesis dualista PUIG BRUTAU, J.; *Compendio de derecho civil*, Vol. III, Barcelona, 1989, pág. 201 y PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M.; *Comentarios a los artículos 428 y 429 del CC*, Edersa, Madrid, 1986, págs. 716-717 y en la doctrina italiana DE CUPIS, Adriano; *I diritti della personalità*, Tomo II, Milano, 1961, págs. 175-177.

<sup>49</sup> PLAZA PENADÉS, J.; *Op. Cit.*, pág. 379.

<sup>50</sup> Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

<sup>51</sup> Así, GONZÁLEZ LÓPEZ, Marisela; *El derecho moral de autor en la ley española de propiedad intelectual*, Madrid, 1993, pág 98 y ss.

derechos morales del autor cualquiera que sea la nacionalidad de éste puesto que los derechos de la personalidad, como derechos inherentes a la persona existen al margen de su nacionalidad.

Ahora bien, aceptado que el contenido moral del derecho de autor es un derecho de la personalidad<sup>52</sup> debe plantearse la cuestión de si tal derecho de la personalidad puede calificarse de fundamental o no. En concreto, debe estudiarse si el derecho moral de autor se incardina en el art. 20.1 b) CE en el cual se protege el derecho a la “producción y creación literaria, artística, científica y técnica”. Parte de la doctrina ha negado esta posibilidad basándose en el argumento de que no es lo mismo el proceso de creación de una obra, lo cual se protege en el art. 20.1 b) CE, que el resultado de la misma, ámbito protegido por el derecho de autor<sup>53</sup>. Sin embargo, parece que debe afirmarse que el contenido moral del derecho de autor se incardina en el ámbito de protección del art. 20.1 b) CE mientras que el contenido patrimonial debe protegerse a través del art. 33 CE<sup>54</sup>. En efecto, el anteproyecto de Constitución decía en su art. 20.2: “Se garantiza la protección de los derechos inherentes a la producción literaria, artística y científica”<sup>55</sup> por lo que se deduce que no se pretendía una protección de la propiedad intelectual en su conjunto sino solamente de aquellos derechos inherentes al autor, es decir, del derecho moral de autor<sup>56</sup>. Constitucionalizar con rango fundamental el derecho patrimonial de autor sería otorgarle una protección que solamente merece el derecho moral de autor en su calidad de derecho de la

---

<sup>52</sup> GONZÁLEZ LÓPEZ, M.; *Op. Cit.*, págs. 98 y ss y DE CUPIS, Adriano; *I diritti della personalità*, Tomo II, Milano, 1961, pág. 175.

<sup>53</sup> ROGEL VIDE, Carlos; *Derecho de autor*, Barcelona, 2002, pág. 15-16, LUNA SERRANO, Agustín; *Elementos de Derecho Civil. Derechos reales*, III-1, Madrid, 2000, pág. 344 y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.; *Op. cit.*, pág. 23. También en este sentido el Tribunal Supremo en la STS de 9 de diciembre de 1985 donde afirma que el art. 20.1 b) CE implica la protección de la creación y producción de obras de lo cual surgiría, en su caso, un derecho completamente diferente cual sería el derecho de autor sobre las obras ya creadas. En cualquier caso, hay que tener presente, como pone de relieve PLAZA PENADÉS, J.; *Op. Cit.*, pág. 212 que en el momento en que así se pronunció el Tribunal Supremo la legislación ordinaria sólo recogía el derecho patrimonial de autor.

<sup>54</sup> PÉREZ DE CASTRO, N.; “El derecho de propiedad sobre obras de arte y el derecho de autor al respeto de la obra”, en *Actualidad Civil*, 1987-1, pág. 224, VEGA VEGA, J.A.; *Derecho de autor*, Madrid, 1990, pág. 71 y PLAZA PENADÉS, J.; *Op. Cit.*, pág. 271.

<sup>55</sup> BOCG de 5 de enero de 1978.

<sup>56</sup> PLAZA PENADÉS, J.; *Op. Cit.*, pág. 205.

personalidad<sup>57</sup>. Por otra parte, no es posible diferenciar entre el proceso creativo y el resultado del mismo, como sostiene la tesis que niega la inclusión el derecho de autor en el art. 20.1 b) CE, pues la actividad creadora no finaliza con la obra sino que la acompaña mientras ésta existe<sup>58</sup>. Además, ello viene amparado por la propia Ley de Propiedad Intelectual que en su art. 14 4º 5º y 6º establece como derechos morales del autor, con carácter irrenunciable e inalienable, la posibilidad de modificar la obra respetando los derechos de terceros, retirarla del mercado previa indemnización y exigir que se respete la integridad de la obra. La posibilidad de modificar la obra, en la medida en que es un derecho irrenunciable e inalienable, debe configurarse como un derecho de la personalidad y por cuanto supone una manifestación de la libertad de creación literaria y artística respecto de la obra ya creada y que se ejercita con posterioridad a la divulgación de la misma, debe considerarse una manifestación específica del derecho a la creación y producción intelectual del art. 20.1 b) CE y la misma afirmación cabría hacer en relación a la retirada de la obra del comercio<sup>59</sup>. Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o a su reputación puede fácilmente incardinarse bajo la protección del derecho fundamental al honor<sup>60</sup> y lo mismo cabría decir en relación al respeto de la autoría. Sobre la posibilidad de decidir acerca de la divulgación o no de la obra y si ésta ha de

---

<sup>57</sup> PLAZA PENADÉS, J.; *Op. Cit.*, pág. 271.

<sup>58</sup> Así se deduce de la STS 3 de junio de 1991 donde se estudia el caso de un pintor que cedió sus cuadros para una exposición y se los devolvieron con desperfectos. El Tribunal Supremo considera que ello comporta no sólo un perjuicio material sino también moral puesto que afecta a la sensibilidad artística del pintor lo cual vulnera el derecho reconocido en el art. 20 CE. Se produce, por tanto, quizás a raíz de la nueva legislación que reconoce un derecho moral de autor junto al patrimonial, una matización de la postura anterior del Tribunal Supremo que defendía la separación entre el derecho de autor y el derecho del art. 20.1 CE. Ello ha venido a confirmarse por la STS de 15 de julio de 2002 donde se alegaba la vulneración del art. 20.1 b) CE y se solicitaba una indemnización por los daños causados por la reproducción y distribución no autorizada de determinadas obras musicales. A ello responde el Tribunal Supremo que no se discute aquí las libertades del art. 20 CE sino que lo que aquí ocurre es que “se producen y comercializan unos vídeos, con un importante beneficio económico, que contiene una música respecto a la que no se ha respetado el derecho de propiedad intelectual. No se discutió nunca el uso de tal música, sino que se exigió la contraprestación que deriva del derecho de explotación que proclama el art. 428 del Código Civil y el 429 lo remite a la Ley de Propiedad Intelectual” o, en otras palabras, no se vulnera aquí el art. 20.1 b) CE porque en él se recoge el derecho moral de autor mientras que lo que en el caso de autos se discute es un derecho exclusivamente patrimonial como es el derecho de explotación derivado de la propiedad intelectual.

<sup>59</sup> PLAZA PENADÉS, J.; *Op. Cit.*, pág. 333.

<sup>60</sup> PLAZA PENADÉS, J.; *Op. Cit.*, pág. 337.

hacerse bajo nombre, seudónimo o anónimamente estaríamos ante una manifestación del art. 20.1 b) CE y del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE<sup>61</sup>. En conclusión, el contenido moral del derecho de autor es un derecho de la personalidad reconocido como derecho fundamental ya en el art. 20.1 b) CE, ya en el art. 18.1 CE.

En consecuencia, todos los derechos de la personalidad son derechos fundamentales<sup>62</sup>. Falta por ver si la afirmación inversa, a saber, que todos los derechos fundamentales son siempre derechos de la personalidad, es también cierta<sup>63</sup>. Es pensable que el constituyente decidiera otorgar protección de amparo, no solamente a aquellos derechos inherentes a la persona, cuestión ésta indiscutible, sino también a otros derechos que, si bien no derivan directamente de la dignidad y la personalidad, tienen una importancia capital en un Estado social y democrático de derecho como el nuestro. Lógicamente los derechos fundamentales inherentes a la persona deben ser reconocidos a todo individuo y así sucede en la mayor parte de ellos pues se habla de toda persona, todos, nadie o incluso de forma impersonal se dice que se garantiza uno u otro derecho. Ahora bien, en determinadas ocasiones se hace referencia a la nacionalidad o a la ciudadanía para reconocer un determinado derecho fundamental<sup>64</sup>. Ello hace pensar que quizás algunos derechos fundamentales, si bien es cierto que los menos, pueden no ser derechos de la personalidad aunque para confirmar esta posibilidad sería preciso un estudio profundo de esos derechos que excede de la finalidad de este trabajo. Al margen de ello no cabe duda de que sería aconsejable extender a toda persona con independencia de su nacionalidad los derechos fundamentales de tal manera que derechos fundamentales y derechos de la personalidad fueran términos equivalentes en la actualidad pese haberse

---

<sup>61</sup> PLAZA PENADÉS, J.; *Op. Cit.*, pág. 322 y ss.

<sup>62</sup> Así, ROCA TRÍAS, Encarna; *Familia y cambio social (De la "casa" a la persona)*, Madrid, 1999, pág. 240 que los considera términos equivalentes y CABEZUELO ARENAS, A.L.; *Op. Cit.*, pág. 121. Por ello, en este trabajo se hablará indistintamente de derechos fundamentales o de derechos de la personalidad con independencia de que algún derecho fundamental aquí no tratado pueda no ser de la personalidad.

<sup>63</sup> Así lo sostienen ROCA TRÍAS, Encarna; *Familia y cambio social...*, cit., pág. 240 y GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel; "Imagen (Derecho a la propia)", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XI, Barcelona, 1962, págs. 25-26.

<sup>64</sup> Así sucede con los arts. 14, 19, 23 y 29 CE.



diferenciado en el pasado. Un argumento en favor de esta tesis es que en art. 14 CE habla de todos los españoles y en cambio parece claro que el derecho a la igualdad se reconoce a toda persona con independencia de su nacionalidad.

### **2.3. La dignidad y la personalidad como cláusulas generales de las que emanan derechos.**

Existe cierta unanimidad entre la doctrina en poner en relación la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad con los derechos de la personalidad pues éstos encuentran su fundamento en los valores del art. 10.1 CE<sup>65</sup>. Los derechos de la personalidad tienen como objetivo hacer efectivo los valores dignidad y personalidad. Mediante la pluralidad de derechos se protege como un todo la personalidad globalmente considerada<sup>66</sup>. En este sentido, los valores del art. 10.1 CE funcionan como una cláusula general de la que emanan una serie de derechos subjetivos que están al servicio de la consecución de tales valores. Algunos de estos derechos están reconocidos expresamente por el ordenamiento pero la ventaja de configurar la personalidad como un valor es que ello nos permite, no sólo interpretar cada derecho de la forma más adecuada a la concepción social de la personalidad<sup>67</sup>, sino crear nuevos derechos<sup>68</sup> y nuevas figuras de acuerdo con las necesidades que reclame la protección de la personalidad en cada momento. Sin embargo, aceptar una lista abierta de derechos de la personalidad encuentra un obstáculo constitucional pues el art.

---

<sup>65</sup> STANZIONE, P.; *Capacità e minore età...*, pág., 111, RUIZ-GIMENEZ CORTÉS, J.; *Op. Cit.*, pág. 57-58, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.; "La función de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho Civil: los derechos de la personalidad", en *X Jornadas de estudio. Introducción a los derechos fundamentales*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1988, Vol. II, pág. 845, RICO PÉREZ, F.; "La individualización de la persona humana en el Derecho Civil", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1975, nº 238, pág. 952, LÓPEZ JACOISTE, J.J.; *Op. Cit.*, pág. 1064-1068, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.; *Op. Cit.*, pág. 22 que dice que los derechos de la personalidad son "titularidades jurídicas cuyo punto de partida y de referencia es la personalidad misma, de la que viene a ser como emanación o atributo íntimo y entrañable", DELGADO ECHEVERRÍA, J. en LACRUZ BERDEJO, J.L.; *Elementos de Derecho Civil*, Vol. I-2, pág. 52 y DE CUPIS, A.; *Op. Cit.*, pág. 24. También el Tribunal Constitucional en STCs 53/1985, de 11 de abril y 214/1991, de 11 de noviembre.

<sup>66</sup> LÓPEZ JACOISTE, J.J.; *Op. Cit.*, pág. 1071-1075.

<sup>67</sup> En este sentido RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, Joaquín; *Comentarios a la Constitución española de 1978* (Dirigida por Oscar Alzaga Villaamil), Tomo II, Madrid, 1997, pág. 73-74.

<sup>68</sup> Son favorables a una lista abierta de derechos BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.; *Op. Cit.*, pág. 29 y CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H.; "Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad...", cit., pág. 105 si bien este último fundamenta su existencia en un derecho general de la personalidad y no, como se defiende aquí, en el valor personalidad.

53.2 CE sólo permite el acceso al recurso de amparo de los derechos fundamentales recogidos en los arts. 14 a 29 más la objeción de conciencia del art. 30 CE. Con ello, se plantea la necesidad de superar el escollo que supone que los derechos de nueva creación que no se recogen expresamente en la CE no puedan acceder al amparo. Con independencia de que ello no obsta a su existencia ni a su protección por otros cauces jurídicos, no hay duda de que resulta conveniente que los derechos de la personalidad, como manifestación directa e inmediata de los valores dignidad-personalidad, tengan acceso al recurso de amparo. Ello puede conseguirse interpretando de forma amplia los derechos sí recogidos en la CE de tal manera que tengan cabida en ellos otras manifestaciones de la personalidad como valor. En cualquier caso, hay pocas manifestaciones de la personalidad no reconocidas como derecho por la CE. Así sucede con el derecho al nombre o el derecho moral de autor por lo que se ha puesto en duda su carácter o rango fundamental. Sin embargo, si bien es cierto que determinados aspectos del contenido del derecho al nombre, así como la abundante regulación y control sobre el mismo fruto del principio de orden público que lo impregna, no tiene rango fundamental, no puede negarse que el derecho a tener un nombre como signo identificativo de la persona debe considerarse un derecho fundamental incardinable en el derecho a la imagen recogido en el art. 18 CE. Por otra parte, es evidente que la difusión del nombre y los apellidos puede comportar en determinadas ocasiones un atentado contra la intimidad por lo que también se incardinaria dentro del contenido del derecho fundamental a la intimidad personal. Lo mismo sucede en relación al derecho moral de autor que se protege en el art. 20.1 b) de la Constitución.

En conclusión, entender la personalidad como un valor superior del ordenamiento del cual emanan todos los derechos de la personalidad nos permite superar la dificultad que entraña partir únicamente de una pluralidad de derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, a saber, que ante una regulación o reconocimiento escaso e incompleto de los mismos, la personalidad queda desprotegida. Y al mismo tiempo, nos permite escapar de la figura del derecho subjetivo cuando ésta no nos proporciona la protección de la personalidad que exige un Estado de Derecho.

## 2.4. Aceptación de la categoría del derecho subjetivo pero no como único medio de tutela de la personalidad.

Parece que la doctrina mayoritaria entiende que los derechos de la personalidad son derechos subjetivos<sup>69</sup>. Pero hay otras teorías que defienden que no estamos ante un derecho subjetivo sino ante un deber jurídico<sup>70</sup> o ante un bien jurídico de la personalidad<sup>71</sup> o incluso ante otra figura más compleja y rica que el derecho subjetivo: un nuevo modo de situación o de relación jurídica<sup>72</sup>.

En efecto, la configuración de los derechos de la personalidad como derechos subjetivos no ha sido pacífica. En un primer momento se objetó la falta de regulación de estos derechos en el ordenamiento jurídico<sup>73</sup>. Ciertamente el derecho subjetivo se caracteriza por ser un poder tipificado e institucionalizado por el ordenamiento jurídico en la medida en que así lo aconsejan determinados valores éticos, económicos,...<sup>74</sup>. Sin embargo, esta crítica ya no puede hacerse en la actualidad. En efecto, prácticamente todos los derechos emanados de la personalidad que son pensables están reconocidos en la Constitución española

---

<sup>69</sup> BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.; *Op. Cit.*, pág. 64, DE CUPIS, A.; *Op. Cit.*, 13-14, LACRUZ BERDEJO, J.L.; *Op. Cit.*, pág. 60, LARENZ, K.; “El derecho general de la personalidad...”, cit., pág. 639, PUIG BRUTAU, J.-PUIG FERRIOL, L.; *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo I, Vol. I, Barcelona, 1979, pág. 66, HERRERO-TEJEDOR, Fernando; *Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, 1990, pág. 53 y OLIVEROS LAPUERTA, María Vicenta; “Estudios sobre la Ley de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen”, en *Presidencia del Gobierno, Subdirección General de Documentación, Cuadernos de Documentación*, 1980, nº 38, pág. 12.

<sup>70</sup> NERSON, Roger; “La protección de la personalidad en el Derecho privado francés”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1961, nº 210, pág. 43.

<sup>71</sup> Esta famosa tesis fue defendida en su día por DE CASTRO Y BRAVO, F.; “Los llamados derechos de la personalidad”, *Anuario de Derecho Civil*, 1959, págs. 1260 y ss. y después por ROGEL VIDE, Carlos; *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Bolonia, 1995, pág. 38-44 y por GARCÍA PÉREZ, Carmen; *Titulares de bienes de la personalidad: legitimación para defenderlos*, Valencia, 2001, págs. 28-37 quienes sostienen que coexisten los derechos subjetivos de la personalidad y los bienes de la personalidad de tal manera que no todos los bienes de la personalidad son derechos subjetivos pero todos los derechos subjetivos son también bienes de la personalidad.

<sup>72</sup> CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H.; “Notas para la construcción...”, cit., pág. 115 y en “Reflexiones sobre los derechos de la personalidad...”, cit., pág. 1261.

<sup>73</sup> Así, NERSON, R.; *Op. Cit.*, pág. 44-46. En su momento también en España DÍEZ-PICAZO, L.-GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Sistema de Derecho Civil*, Tomo I, Madrid, 1975, pág. 314 y ss.

<sup>74</sup> Sobre la tipificación como característica del derecho subjetivo DELGADO ECHEVERRÍA, J. en LACRUZ BERDEJO, J.L.; *Elementos de Derecho Civil*, Vol. I-3, pág. 74 y DÍEZ PICAZO, L.-GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Sistema de Derecho Civil*, Tomo I, pág. 419.

de 1978. Por otra parte, en la medida en que el art. 10. 1 CE recoge la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad como valores superiores del ordenamiento jurídico podemos derivar de ellos cualquier manifestación inherente a la persona. Para dar rango fundamental a estos derechos y, por tanto, darles acceso al amparo, debe hacerse un esfuerzo para incardinarlos dentro del contenido de otros derechos reconocidos como fundamentales en la Constitución. Además basta con que exista una protección genérica de los derechos subjetivos de la personalidad para que se consideren incluidos en un ordenamiento jurídico sin necesidad de que la ley reconozca explícitamente cada derecho<sup>75</sup> y en nuestro ordenamiento hace referencia a ellos el art. 162.2 CC, el art. 155.2 CF y la Exposición de Motivos de la ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo de protección civil del honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen.

Por otra parte, también se ha dicho que la defensa del derecho subjetivo de la personalidad no puede llevarse a cabo si no hay una lesión previa del mismo<sup>76</sup>. Pero, si bien ello fue cierto en determinado momento histórico en que sólo se podía defender los derechos de la personalidad a través del art. 1902 CC, ello ya no puede hoy mantenerse pues el art. 10.1 CE garantiza una protección unitaria de la personalidad e informa todas las normas del ordenamiento. Por ello, la protección de la personalidad se manifiesta, por ejemplo, en la actuación de los titulares de la patria potestad que tutelan la personalidad del hijo menor de edad (art. 154 CC y 133.1 CF). También se protege la personalidad del menor a través de su formación integral pues la educación reconocida como derecho fundamental en el art. 27 CE debe garantizar el libre desarrollo de la personalidad del menor, sus derechos fundamentales, su libertad religiosa e ideológica e inculcar el respeto a los valores y derechos constitucionales (art. 27 CE, 28 LAPIA y 2 LOCE). Por otra parte, el ordenamiento jurídico tutela el ejercicio de los derechos

---

<sup>75</sup> Así, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H.; "Notas para la construcción...",cit., pág. 109 quien apunta la idea de la "inaplicabilidad de la técnica del "tipo" y la "tipicidad" propia del estudio de los actos jurídicos, a los efectos jurídicos (...): a mi juicio, para que se de derecho subjetivo es necesario el reconocimiento del ordenamiento jurídico positivo, pero pienso que bastan su mención y el establecimiento de medidas protectoras generales sin que sea imprescindible una descripción pormenorizada de poderes concretos, de su objeto, etc. A veces será la jurisprudencia la que, operando casuísticamente, vaya perfilando progresivamente cada uno de estos modos de protección de intereses".

<sup>76</sup> NERSON, R.; *Op. Cit.*, pág. 43.

fundamentales cuando permite prestar el consentimiento para que otros hagan uso de la propia imagen, cuando consagra la libertad de opinión como derecho fundamental,... En este sentido, el ordenamiento jurídico garantiza el ejercicio de los derechos de la personalidad sin perjuicio de que lógicamente sólo hay una intervención directa cuando la salvaguarda de los mismos no ha sido respetada en la práctica<sup>77</sup>.

Sin lugar a dudas la objeción más importante a la configuración de los derechos de la personalidad como derechos subjetivos es aquélla que sostiene que, dada la imposibilidad de determinar el objeto de tales derechos en la medida en que sujeto y objeto se confunden, no puede hablarse de derecho subjetivo para referirse a los mismos.

A este respecto se ha dicho que son fórmulas mentales utilizadas para aludir a estados o situaciones humanas deseables y por ello susceptibles de interés<sup>78</sup>, que son manifestaciones de la personalidad, modos de ser de la persona físicos o morales<sup>79</sup> o que son intereses dignos de protección<sup>80</sup>. En cualquier caso, se coincide en concebir al objeto de los derechos de la personalidad como una manifestación de la misma pero desde una óptica distinta de la subjetividad<sup>81</sup> o, como se ha dicho, “objeto será el hombre mismo, no en cuanto “persona”, sino en cuanto a “hombre objetivado””<sup>82</sup>. En efecto, los derechos de la personalidad son una forma de protección de las cualidades de las manifestaciones de la existencia humana pero no la persona en sí misma.

---

<sup>77</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J. en LACRUZ BERDEJO, J.L.; *Elementos de Derecho Civil*, Vol. I-2, pág. 59-60.

<sup>78</sup> CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H.; “Notas para la construcción...”, cit., págs. 109-110.

<sup>79</sup> DE CUPIS, A.; *Op. Cit.*, págs. 28-33.

<sup>80</sup> BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.; *Op. Cit.*, pág. 22-23.

<sup>81</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J. en LACRUZ BERDEJO, J.L.; *Elementos de Derecho Civil*, Vol. I-2, pág. 82.

<sup>82</sup> CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H.; “Notas para la construcción...”, págs. 109-110 quien añade que “objeto de los derechos de la personalidad será el hombre en cuanto individuo y miembro social, objeto será lo que yo soy, subsumiendo dentro del ser el representar”.

La determinación de los derechos de la personalidad y su diferenciación del sujeto conlleva cierta dificultad por su vaguedad. Sin embargo, ni ello supone un obstáculo insalvable, como ha quedado expuesto *ut supra*, ni justifica abandonar la idea de concebir los derechos de la personalidad como derechos subjetivos. Las categorías del Derecho positivo no deben interpretarse de forma rígida sino flexible y desde la óptica de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como los del art. 10.1 CE. La categoría del derecho subjetivo está al servicio de la tutela de la dignidad y la personalidad por lo que, en la medida en que tal institución es útil para la protección de tales valores, debe hacerse un esfuerzo para interpretarla de forma tal que tengan cabida en ella los derechos de la personalidad.

Cuestión diferente es que el derecho subjetivo como categoría jurídica proporcione una protección suficiente de la personalidad como valor. En efecto, la tutela de la personalidad se consigue en parte a través de la figura del derecho subjetivo pero hay otras figuras o instituciones que también pueden ser útiles en la defensa de tales valores<sup>83</sup>. Aquí se intentará demostrar que hay diferentes formas de protección de la personalidad y que no son excluyentes sino complementarias de tal suerte que el derecho subjetivo es sólo uno de los cauces jurídicos de defensa del valor personalidad.

De ahí que podamos hablar de un derecho general al libre desarrollo de la personalidad del que derivan una serie de derechos de la personalidad cuya existencia se revela, sin embargo, insuficiente para salvaguardar la personalidad como valor y los bienes jurídicos que derivan de ella.

## **2.5. Los bienes jurídicos de la personalidad.**

El art. 10.1 CE dice que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social”. Este artículo es pieza clave en nuestro ordenamiento jurídico y en nuestra

---

<sup>83</sup> De hecho, aunque parten de que el derecho positivo defiende la personalidad sólo a través del derecho subjetivo, hay autores que sostienen que tal tutela podría haberse realizado por otros cauces. Así, DE CUPIS, A.; *Op. Cit.*, pág. 12 y PUIG BRUTAU, J.-PUIG FERRIOL, L.; *Op. Cit.*, I-I, págs. 68-69.

Constitución pues conecta el Preámbulo y el Título Preliminar con el Título I. Mediante la referencia a la personalidad y a la dignidad se integran los valores del art. 1 CE y a su vez la dignidad y la personalidad se concretan en los derechos fundamentales<sup>84</sup>.

Los valores superiores son auténticas normas jurídicas que funcionan como pórtico de la Constitución pues, partiendo de un plano ético, se incorporan al Derecho positivo para alcanzar los objetivos generales que pretende conseguir el Estado por lo que deben informar todo el ordenamiento jurídico y deben ser tenidos en cuenta en la interpretación del mismo<sup>85</sup>. Existe cierta unanimidad en considerar que el concepto de personalidad es ético y previo al Derecho<sup>86</sup> lo cual ha provocado que la doctrina considerara estos valores no sólo como superiores del ordenamiento jurídico sino como superiores a dicho ordenamiento<sup>87</sup>. Con ello se supera la dicotomía iusnaturalismo-positivismo<sup>88</sup> pues el ordenamiento

---

<sup>84</sup> Han señalado la importancia de este precepto SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago; *Comentarios a la Constitución española de 1978* (Dirigida por Oscar Alzaga Villaamil), Tomo II, Madrid, 1997, pág. 25, RUIZ-GIMENEZ CORTÉS, J.; *Comentarios a la Constitución española de 1978*, cit., pág. 56-58.

<sup>85</sup> PECES-BARBA, Gregorio; *Los valores superiores*, Madrid, 1986, pág. 36-44 quien define así los valores para diferenciarlos de los principios, que son normas de Derecho positivo que responden al funcionamiento interno del ordenamiento, entre los que hay una relación de complementariedad y no de jerarquía.

<sup>86</sup> DE CUPIS, A.; *Op. Cit.*, pág. 22-23 quien, aunque diferencia entre personalidad jurídica y personalidad, entiende que esta última "è una sostanza, anzi un valore pregiuridico, insito nell'individuo umano indipendentemente del suo inserimento in un ordine di rapporti giuridici. La personalità giuridica, come qualità giuridica, è attribuita dall'ordinamento giuridico; la personalità come semplice e indiscriminato valore umano, non presuppone alcun ordinamento giuridico", BELTRÁN DE HEREDIA, J.; *Op. Cit.*, pág. 29, GORDILLO CAÑAS, A.; *Op. Cit.*, pág. 15, ROCA TRÍAS, E.; *Comentarios del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 224, CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo I, Vol. 3º, Madrid, 1993, pág. 765-766.

<sup>87</sup> Así, LUCAS VERDÚ, P.; *Op. Cit.*, pág. 118-119 y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S.; *Op. Cit.*, pág. 25 quienes entienden que son valores superiores del ordenamiento jurídico y que por ello hubiera sido conveniente regularlos en el art. 1 CE. Sin embargo, parece aquí más acertada la opinión de PECES BARBA, G.; *Op. Cit.*, pág. 86 que entiende que "la dignidad humana es el fundamento y la razón de la necesidad de esos valores superiores de todo, y creo que su inclusión entre los valores superiores no es metodológicamente correcta, puesto que éstos son caminos para hacer real y efectiva la dignidad humana". En efecto, los valores del art. 10.1 CE son valores superiores del ordenamiento jurídico pero son también, por su alto contenido ético, valores superiores al ordenamiento jurídico.

<sup>88</sup> PECES BARBA, G.; *Op. Cit.*, pág. 49-57.

descansa en unos valores éticos a los que se ha llegado por consenso<sup>89</sup> y la protección de los valores éticos queda garantizada mediante su positivación.

La personalidad es la cualidad de ser persona. Tradicionalmente se ha entendido que la capacidad jurídica es la traducción jurídica de la personalidad<sup>90</sup>. Sin embargo, la capacidad jurídica es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y, si bien es cierto que la personalidad se traduce en esa capacidad, no lo es menos que la existencia de la personalidad tiene otras manifestaciones a nivel jurídico diferentes a la titularidad de unos derechos o la aptitud para ser titular de los mismos.

Es interesante traer aquí a colación los conceptos de capacidad, subjetividad y capacidad jurídica como términos íntimamente relacionados pero no equivalentes<sup>91</sup>. La personalidad es un *prius* lógico y ontológico, la cualidad de ser persona como valor. La capacidad jurídica es la traducción en el ámbito jurídico de la personalidad como la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones de forma abstracta y, por tanto, común en cualquier persona desde que nace hasta que muere. La subjetividad, en cambio, es la efectiva titularidad de una serie de derechos.

Personalidad y capacidad jurídica no son términos equivalentes en la medida en que la capacidad jurídica, entendida como subjetividad abstracta, hace referencia, se desenvuelve en el ámbito del derecho subjetivo mientras que la personalidad es un valor ético, previo y más general<sup>92</sup> que está presente también allí donde no es útil la categoría de la capacidad jurídica bien porque no existe (defensa del *nasciturus* o del honor del fallecido), bien porque no es suficiente (menor de edad en el que no se dan los requisitos necesarios para ejercer los

---

<sup>89</sup> BOBBIO, Norberto; "Presente y porvenir de los derechos humanos", en *Anuario de derechos humanos*, 1981, nº 1, págs. 10-12.

<sup>90</sup> GORDILLO CAÑAS, A.; *Op. Cit.*, pág. 17-18, ROCA TRÍAS, E.; *Comentarios al Código Civil*, cit., pág. 224 y CABANILLAS SÁNCHEZ, *Op. Cit.*, pág. 765-766.

<sup>91</sup> RAMOS CHAPARRO, E.; *Op. Cit.*, págs. 177-180 y 214 y ss.

<sup>92</sup> En cualquier caso, el valor personalidad ha sido positivizado en el art. 10.1 de la Constitución española.



derechos de la personalidad)<sup>93</sup> generando nuevas categorías jurídicas, como el interés legítimo, que nacen al servicio de la tutela de la personalidad como valor. De esta forma se consigue la salvaguarda de la persona a través de diferentes cauces jurídicos.

En efecto, la personalidad como valor se traduce en el ámbito jurídico en la capacidad jurídica, es decir, la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones de tal manera que se considera aquí a la persona como sujeto de derechos. Pero la personalidad también se traduce en la consideración jurídica de la persona como valor, no como sujeto de derechos, manifestación de la personalidad que no parte de la protección de la dignidad a través de la categoría del derecho subjetivo sino a través de otras figuras, como el interés legítimo, que actúan allí donde la capacidad jurídica y el derecho subjetivo resultan insuficientes para garantizar la tutela de la personalidad. En uno y otro caso estamos ante situaciones jurídicas subjetivas, es decir, expresiones de la existencia humana<sup>94</sup>, del valor personalidad proyectado en un ser humano. Las situaciones jurídicas abstractas son categorías jurídicas generales que engloban en su seno a la figura del derecho subjetivo<sup>95</sup>, el bien jurídico y el interés legítimo, entre otras, como manifestaciones de la personalidad y la dignidad del individuo.

La personalidad como valor se manifiesta en una serie de bienes jurídicos de la personalidad, es decir, en conceptos inherentes a la existencia humana que el ordenamiento jurídico considera que son merecedores de una protección

---

<sup>93</sup> PERLINGIERI, P.; *La personalità umana nell'ordinamento giuridico...*, cit., pág. 138.

<sup>94</sup> LEGAZ Y LACAMBRA, Luis; "Sobre el concepto de situación jurídica y sus aplicaciones", en *Revista de Derecho Privado*, 1943, Tomo 27, págs. 716-717, CASTÁN TOBEÑAS, José; *Situaciones jurídicas subjetivas*, Madrid, 1963, pág. 74.

<sup>95</sup> Partimos aquí de la tesis de que el derecho subjetivo es una figura jurídica incardinada en las situaciones jurídicas subjetivas. Así, RAMOS CHAPARRO, E.; *La persona y su capacidad civil...*, cit., pág. 253 y CASTÁN TOBEÑAS, J.; *Situaciones jurídicas subjetivas...*, cit., pág. 72-74. En contra, DUGUIT, Léon; *Las transformaciones del derecho público y privado*, Buenos Aires, 1975, págs. 171-179. Y LARENZ, Karl según recoge MARTÍN BLANCO, J.; "El concepto de situación jurídica en Karl Larenz (En torno al concepto de derecho subjetivo)", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1950, Tomo 188, págs. 670-704 quienes niegan la existencia de derecho subjetivo y sustituyen este concepto por el de situación jurídica subjetiva. No creemos, sin embargo, que sea conveniente abandonar la categoría del derecho subjetivo que, definida conforme a la realidad social, es de una gran utilidad. Cuestión diferente es que consideremos adecuado completarla con otras figuras, como la de interés legítimo para el caso de que el derecho subjetivo no pueda ejercerse porque no se dan los requisitos de capacidad necesarios.

cualificada. Por ello, la tutela de los bienes jurídicos de la personalidad debe considerarse una cuestión de interés general pues la sociedad considera necesario que éstos queden garantizados en su seno.

El concepto de bien jurídico encuentra su origen en la doctrina penalista pues es en la idea de protección del bien jurídico donde está el fundamento de la sanción penal. La autorrealización humana necesita de unos presupuestos existenciales que, en tanto que son de utilidad para el individuo, se denominan bienes y en la medida en que se protegen por el Derecho son bienes jurídicos<sup>96</sup>. El concepto de necesidad humana es básico para determinar la protección de los bienes jurídicos<sup>97</sup> y de ahí que, cuando uno de esos bienes jurídicos es vulnerado, el Derecho penal reacciona con una sanción. El ordenamiento jurídico democrático determina cuáles van a ser los objetos jurídicos dignos de especial protección jurídica, es decir, determina los bienes jurídicos.

Sin embargo, la figura del bien jurídico sobrepasa los límites del Derecho penal<sup>98</sup> pues éste es sólo uno de los instrumentos de que dispone el ordenamiento para proteger estos bienes. Por ello, aunque el concepto de bien jurídico encuentra su origen en el Derecho penal desde otras disciplinas también se ha hecho uso de él. Así se ha propuesto desde el Derecho Civil acudir a la figura del bien jurídico para dar protección al valor personalidad pues, más allá de la referencia al bien del art. 333 CC, de las disposiciones indemnizatorias (arts. 1106 y 1902 CC) se deduce un concepto más amplio de bien entendido como un valor beneficioso, aprovechable y positivo de una realidad personal, social o material<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; *Lecciones de Derecho penal*, Sevilla, 1991, pág. 50-51.

<sup>97</sup> HORMAZÁBAL MALERÉE, Hernán; *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, Barcelona, 1991, pág. 167.

<sup>98</sup> HORMAZÁBAL MALERÉE, H.; *Op. Cit.*, pág. 143.

<sup>99</sup> DE CASTRO Y BRAVO, Federico; "Los llamados derechos de la personalidad", *Anuario de Derecho Civil*, 1959, pág. 1260 y ss donde afirma que los llamados derechos de la personalidad para referirse al bien no material dañado o al daño moral deberían en realidad recibir el nombre de bienes jurídicos de la personalidad.

En efecto, existen valores inherentes a las necesidades humanas que el ordenamiento jurídico considera merecedores de especial protección para lo cual establece desde diferentes disciplinas, instrumentos de protección de los mismos. Los bienes jurídicos de la personalidad hacen referencia a aquellos valores inherentes a la persona que el ordenamiento considera dignos de una protección cualificada. De ahí que bienes jurídicos de la personalidad como la vida, la integridad física, el honor,... sean protegidos por el Derecho penal a través de imponer sanciones a todos aquellos comportamientos que impliquen una vulneración de los mismos. Por ello, en Derecho civil se ha hablado de derechos subjetivos de la personalidad como una forma de atribuir facultades al individuo que le permitan disfrutar de esos bienes y defenderlos de posibles ataques. Es decir, detrás de los derechos subjetivos de la personalidad se esconden los bienes jurídicos de la personalidad por lo que no son dos categorías excluyentes sino que, por el contrario, una es fundamento de la otra y se explican mutuamente. Ahora bien, no siempre que estamos ante un bien jurídico existe un derecho subjetivo aunque si es cierta la afirmación inversa, que si existe derecho subjetivo hay un bien jurídico. Así, los derechos subjetivos de la personalidad implican necesariamente la existencia de bienes jurídicos de la personalidad de manera que unos y otros son inherentes a la existencia de un individuo. En cambio, pueden existir bienes jurídicos sin la existencia de una persona ni, en consecuencia, de derechos subjetivos.

Los bienes jurídicos entrañan un doble interés pues de una parte comportan un interés personal en la medida en que el individuo encuentra una utilidad y un beneficio en el mismo y por otra parte conllevan un interés público puesto que la sociedad y, en consecuencia, el ordenamiento jurídico consideran esos valores como merecedores de especial protección y buscan formas de tutela del mismo.

#### **2.5.1. Los bienes jurídicos de la personalidad en el menor de edad.**

La personalidad se traduce en el ámbito jurídico en la capacidad jurídica, es decir, la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Por aplicación del art. 10.1 CE el individuo adquiere desde su nacimiento (art. 29 CC) los derechos

de la personalidad y sólo los pierde cuando fallece (art. 32 CC) por lo que el menor es titular de los derechos de la personalidad desde que nace.

Ahora bien, en la medida en que el menor tiene limitada su capacidad de obrar, sólo podrá ejercer esos derechos subjetivos de la personalidad cuando tenga suficiente capacidad de autogobierno (arts. 162.2 CC y 155.2 CF). En consecuencia, sólo desde que alcanza la madurez exigida puede el menor ejercer los derechos de la personalidad y, por tanto, disfrutar y defender los bienes jurídicos de la personalidad a través de los derechos subjetivos de la personalidad.

En otras palabras, el derecho subjetivo deviene una figura inútil para garantizar los bienes jurídicos de la personalidad cuando no se tiene suficiente autogobierno para ejercerlos pues caracteriza al derecho subjetivo de la personalidad que, salvo excepciones, sólo puede ser ejercido por su titular.

Sin embargo, ha quedado dicho que el ordenamiento jurídico debe garantizar la tutela de los bienes jurídicos y el compromiso es mayor, si cabe, cuando se trata de los bienes jurídicos de la personalidad pues la dignidad y la personalidad son valores superiores del ordenamiento que fundamentan el orden político y la paz social. Por ello, la protección de los bienes jurídicos de la personalidad deviene una cuestión de orden público<sup>100</sup> pues existe un interés general en que esos bienes queden salvaguardados.

De ahí que el ordenamiento jurídico busque formas de protección de los bienes jurídicos de la personalidad al margen del derecho subjetivo. Así sucede con la patria potestad a cuyos titulares se impone el cumplimiento de una función social: la protección de la personalidad del menor de edad. Los padres deben garantizar la defensa y disfrute de los bienes jurídicos de la personalidad de los hijos menores así como asegurar un progresivo desarrollo personal del menor que le permita en el futuro ejercer por sí mismo los derechos de la personalidad. Los titulares de la patria potestad no ejercen, sin embargo, un derecho subjetivo sino

---

<sup>100</sup> LÓPEZ JACOISTE, Javier; "Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad", en *Anuario de Derecho Civil*, 1986, pág. 1118.

una potestad, es decir, cumplen una serie de deberes para asegurar determinados bienes jurídicos de tal manera que en todo caso pueden alegar un interés legítimo en que se les permita cumplir con tal deber pero en modo alguno un derecho subjetivo.

Sin embargo, puesto que estamos ante una cuestión de interés público, el Estado debe garantizar la efectividad de los valores y derechos constitucionales por lo que el Ministerio Fiscal y las instituciones públicas están legitimados y tienen el deber de intervenir en aras a la salvaguarda de los bienes jurídicos de la personalidad del menor cuando éstos no quedan tutelados correctamente o suficientemente a través del ejercicio de la patria potestad.

Ni los titulares de la patria potestad ni el Ministerio Fiscal defienden un derecho propio pero en ambos casos existe un interés legítimo en la protección de los bienes jurídicos de la personalidad ajenos justificados en el primer caso por la relación paterno-filial y en el segundo porque el Ministerio Fiscal encarna el interés público existente en la defensa de estos bienes jurídicos.

En conclusión, el principal y también el más tradicional instrumento jurídico de protección es el derecho subjetivo que se ejerce por el titular del bien jurídico en cuestión pero, en la medida en que existe un interés social en proteger esos bienes jurídicos, cuando a través de la figura del derecho subjetivo no pueda garantizarse su salvaguarda, se acudirá a la idea del interés legítimo que se configura como una protección llevada a cabo por personas ajenas a la titularidad del bien jurídico y del derecho subjetivo pero con un interés legítimo, que no directo o propio, en que aquéllos queden efectivamente protegidos.

El valor personalidad puede también manifestarse de forma abstracta cuando no estamos en presencia de una persona. Así sucedería en el caso de la protección del honor del fallecido o en el del *nasciturus* pues al haberse producido el fallecimiento en un caso y al no haberse producido el nacimiento en otro no existe persona ni capacidad jurídica. En este caso, se protegería el valor personalidad no a través del derecho subjetivo puesto que no hay persona sino a través del interés legítimo de terceros (los familiares, ...) en la protección de

determinados bienes jurídicos. Por ello, en este caso la protección es necesariamente más limitada que cuando estamos en presencia de una persona.

### 2.5.2. La protección del honor *post mortem*.

Tradicionalmente se ha encontrado justificación a la protección de la imagen de la persona fallecida en dos elementos, a saber, la tutela del interés de la familia y la memoria del fallecido<sup>101</sup>. Sin embargo, varios argumentos llevan a dudar de que en la ley orgánica 1/1982 con la protección de la tutela de la imagen del fallecido se pretenda proteger el interés de los familiares con independencia de que éste pueda quedar protegido por otras vías.

En primer lugar, no se llega a comprender, si se intenta proteger el interés de la familia, por qué se permite intervenir al Ministerio Fiscal. Es pensable que, junto a la legitimación de familiares se permita la entrada de personas designadas por el fallecido como una forma de equiparar la familia biológica o jurídica con la de hecho<sup>102</sup> pero no se entiende por qué puede actuar el Ministerio Fiscal si se trata de proteger un interés de determinadas personas, los familiares, que pueden hacerlo por sí mismas. Parecería que lo que se persigue con la intervención del Ministerio Fiscal es, por una parte, proteger la memoria de aquellas personas fallecidas que no tienen parientes ni personas designadas en testamento que actúen para proteger su memoria y, por otra parte, procurar la satisfacción del interés público en la medida en que la sociedad en general no puede permitir que se atente impunemente contra la memoria de sus miembros<sup>103</sup>.

---

<sup>101</sup> Así, CABEZUELO ARENAS, Ana Laura; "Breves notas sobre la protección *post mortem* de honor, intimidad e imagen", en *La Ley*, 1999- 1, D-3, pág. 1577, ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel; *El derecho a la propia imagen*, Madrid, 1997, pág. 103, AZURMENDI ADARRAGA, Ana; *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Madrid, 1997, pág. 172, CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis; *Honor, intimidad e imagen. Un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982*, Barcelona, 1996, pág. 155 y ROVIRA SUEIRO, María E.; *El derecho a la propia imagen. Especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito*, Granada, 1999, pág. 139. Por su parte, GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel; "El derecho a la propia imagen, hoy", en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Vol. VI, Madrid, 1988, pág. 239-241 entiende que en realidad sólo se está protegiendo el interés familiar mientras que YSÀS SOLANES, María; "La protección a la memoria del fallecido en la L.O. 1/82", en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Vol. VI, Madrid, 1988, pág. 739-794 entiende, como se mantendrá aquí, que con los arts. 4 a 6 de la ley orgánica 1/1982 se protege únicamente la memoria del fallecido, ya que no se defiende un derecho que no existe ni el interés de la familia que, como veremos, tiene otras vías de protección.

<sup>102</sup> ROVIRA SUEIRO, M.E.; *Op. Cit.*, pág. 1579.

Debe diferenciarse aquella situación en la que los familiares actúan para proteger un interés propio de aquélla en la que se actúa para la proteger la memoria del fallecido<sup>104</sup>. Sólo en este último caso estaremos ante un supuesto protegido por los arts. 4 a 6 de la ley orgánica 1/1982 pues en el primer caso se está ejerciendo un derecho fundamental propio. En efecto, cuando mediante la intromisión en la memoria del fallecido se vulnera la intimidad de un familiar o su honor, éste puede accionar por derecho propio porque el art. 18.1 CE protege también la intimidad familiar y el honor.

Cuando se vulnera el honor, la intimidad o la imagen de un familiar fallecido, sí que existe un interés legítimo en la protección de la memoria del familiar fallecido que se tutela por el ordenamiento permitiendo acudir a la vía del amparo pues la legitimación exigida por el art. 162.1 b) CE no ha de identificarse necesariamente con un derecho fundamental sino que puede tratarse de un interés legítimo<sup>105</sup> ya que, aunque normalmente legitimación y titularidad van unidas, también es posible la legitimación de personas que no ostentan un derecho. Y éste es el supuesto de la protección de la memoria del fallecido pues, si bien puede existir un interés por parte de los familiares en proteger la memoria, la finalidad de ello no es proteger un bien jurídico propio sino ajeno.

En definitiva, estamos hablando de la existencia de un bien jurídico, la memoria del fallecido, respecto del cual existe un interés de salvaguarda. La protección de dicho bien se ejerce a través del interés legítimo de los familiares o personas designadas en la tutela de la memoria del fallecido o en el interés legítimo de la sociedad, representado por la figura del Ministerio Fiscal, en la protección de la memoria de sus miembros.

---

<sup>103</sup> YSÀS SOLANES, M.; *Op. Cit.*, pág. 800-801.

<sup>104</sup> ROVIRA SUEIRO, M.E.; *Op. Cit.*, págs. 1579-1580.

<sup>105</sup> Así sucede en la STC 214/1991 de 11 de noviembre de 1991 en que se permite el amparo a una familiar de personas fallecidas en campos de concentración nazis ante las declaraciones de un antiguo dirigente nazi que negaba la existencia de los mismos. También así CABEZUELO ARENAS, A.L.; *Op. Cit.*, pág. 1578 y GARCÍA PÉREZ, Carmen; *Titulares de los bienes de la personalidad: legitimación para defenderlos- Especial referencia a la Ley Orgánica 1/1982*, Valencia, 2001, pág. 70 y ss.

Existe, por tanto, un elemento jurídico que merece especial protección, el honor de la persona fallecida. Ahora bien, en la medida en que no existe persona, ni, por tanto, derecho de la personalidad, ese bien jurídico no puede protegerse por la vía del derecho subjetivo. Por ello, entra en juego el mecanismo del interés legítimo de los familiares o de la sociedad.

### **2.5.3. La protección *post mortem* del derecho moral de autor.**

El art. 15.1 de la LPI dice: “Al fallecimiento del autor, el ejercicio de los derechos mencionados en los apartados 3º y 4º del artículo anterior corresponde, sin límite de tiempo, a la persona natural o jurídica a la que el autor se lo haya confiado expresamente por disposición de última voluntad. En su defecto, el ejercicio de estos derechos corresponderá a los herederos” y se añade en su apartado segundo: “Las mismas personas señaladas en el número anterior y en el mismo orden que en él se indica, podrán ejercer el derecho previsto en el apartado 1º del art. 14, en relación con la obra no divulgada en vida de su autor y durante un plazo de setenta años desde su muerte o declaración de fallecimiento, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 40”. El art. 16 LPI afirma: “Siempre que no existan las personas mencionadas en el artículo anterior, o se ignore su paradero, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales y las instituciones públicas de carácter cultural estarán legitimadas para ejercer los derechos previstos en el mismo”. Por su parte, el art. 40 LPI dice: “Si a la muerte o declaración de fallecimiento del autor, sus derechohabientes ejerciesen su derecho a la no divulgación de la obra, en condiciones que vulneren lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, el Juez podrá ordenar las medidas adecuadas a petición del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales, las instituciones públicas de carácter cultural o de cualquier otra persona que tenga un interés legítimo”.

Estos preceptos plantean la duda de si el derecho moral de autor es un derecho transmisible *mortis causa* pues, si determinadas personas están legalmente legitimadas para ejercer estos derechos, cabe pensar acerca de quien es el titular de los mismos. En realidad, esta problemática lleva implícita la polémica de si el derecho moral de autor es un derecho de la personalidad o no



pues sólo en éste segundo caso podría hablarse de transmisión *mortis causa* de los mismos.

A favor de la transmisión de los derechos morales de autor se manifiesta parte de la doctrina<sup>106</sup> entendiendo que estamos ante una sucesión ordinaria o con caracteres especiales<sup>107</sup>. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, como se ha afirmado *ut supra*, el derecho moral de autor es un derecho de la personalidad y que como tal se extingue con la muerte de la persona.<sup>108</sup> El derecho moral de autor, en tanto que derecho subjetivo, se extingue con la muerte del autor por lo

---

<sup>106</sup> RAMS ALBESA, Joaquín; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart), Tomo V, Vol. 4º A, Madrid, 1994, pág. 336 y VATTIER FUENZALIDA C. ; “La propiedad intelectual (estudio sistemático de la Ley 22/1987), *Anuario de Derecho Civil*, 1993, XLVI-III, pág. 1067.

<sup>107</sup> En apoyo de esta tesis hay que aportar la enmienda 224 presentada por Coalición Canaria en la que se demandaba que no sólo se transmitiera el derecho a reclamar la paternidad y la integridad de la obra sino que “se pretende que también se transmita a los herederos el derecho reconocido en el número 7º, que es el de acceder al ejemplar único o raro de la obra” a lo que el diputado Sr. Del Pozo Álvarez respondió que “la transmisibilidad de los derechos morales no debe hacerse alegremente sino con un carácter serio y respecto a aquellos elementos que son merecedores, sin discusión, de respeto absoluto, y que no se puede degradar ese derecho moral haciendo que los herederos tengan algunas facultades que, indudablemente, no van a necesitar en la mayoría de los casos y que son muy claramente facultades de confianza de la persona individual del autor”. Así, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo; *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (Coordinado por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Madrid, 1997, pág. 248. Sin embargo, quizás no deba darse excesivo valor a esta cuestión porque lo cierto es que finalmente en el texto de la ley no se habla de transmisión de un derecho sino de legitimación para su ejercicio.

<sup>108</sup> En efecto, el art. 32 CC dice que la personalidad se extingue con la muerte de las personas por lo que los derechos de la personalidad son intransmisibles e irrenunciables. Así, el art. 6 bis 1 del Convenio de Berna afirma: “Independientemente de los derechos patrimoniales del autor e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho a reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación”, es decir, incluso cuando se han transmitido los derechos patrimoniales de autor, éste conserva el derecho moral de autor porque estas facultades son intransmisibles. Por otra parte, no sólo la Exposición de Motivos de la LPI, sino también el art. 14 LPI afirman de forma expresa el carácter irrenunciable e inalienable de los derechos morales de autor lo cual debe llevar a negar que los arts. 15 y 16 LPI hagan referencia a la transmisión *mortis causa* de los derechos morales de autor a las personas allí enumeradas. La doctrina mayoritaria mantiene hoy la intransmisibilidad del derecho moral de autor con independencia de las variadas explicaciones que cada autor da a la legitimación de las personas enumeradas en los arts. 15 y 16 LPI para ejercer los derechos de los que allí se habla. Así entre nuestra doctrina, RODRÍGUEZ TAPIA, J. Miguel- BONDÍA ROMÁN, Fernando; *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual (Texto Refundido, R.D. Leg. 1/1996, de 12 de abril)*, Madrid, 1997, pág. 84, CÁMARA AGUILA, Mª del Pilar; *El derecho moral del autor. Con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor*, Granada, 1998, págs. 115-117, GITRAMA GONZÁLEZ, M.; Voz “Imagen (derecho de la propia)”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XI, 1962, pág. 337. En la doctrina italiana, DE CUPIS, Adriano; *I diritti della personalità*, Tomo II, Milano, 1961, pág. 203 y GRECO, Paolo - VERCELLONE, Paolo; *I diritti sulle opere dell'ingegno*, Torino, 1974, pág. 346.

que las personas legitimadas de los arts. 15 y 16 LPI no son titulares del derecho moral de autor tal y como se concibe en vida de éste.

De ahí que se haya entendido que, extinguido el derecho moral de autor con su muerte, nace un nuevo derecho en favor y protección de las personas legitimadas<sup>109</sup>. Sin embargo, es discutible que lo que la ley esté realmente intentando proteger sea realmente el interés de los familiares y el del propio autor fallecido. Ciertamente esta teoría explica la imposibilidad de transmisión de un derecho subjetivo que se extingue con la muerte del autor pero difícilmente se comprende que, si se ejerce un derecho en beneficio propio, se permita al autor designar a las personas que hayan de ejercer los derechos morales de autor enumerados en los arts. 15 y 16 LPI y éstos estén vinculados por la voluntad del autor que es lo que parece suceder en este caso.

Por ello, otra tesis defiende que las personas legitimadas están ejerciendo un derecho propio, puesto que no hay ejercicio sin titularidad, pero en beneficio del autor fallecido, es decir, las personas legitimadas ejercen un derecho propio pero deben perseguir un interés ajeno, el del autor<sup>110</sup>.

Pero es que, junto a la protección del interés del autor como bien jurídico, que merece ciertamente protección, coexiste el interés público en el conocimiento y difusión de la cultura, protegido constitucionalmente en el art. 44 de la Carta Magna<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> Ésta es básicamente la tesis defendida por la doctrina italiana que de esta forma interpreta la posibilidad de ejercer algunos derechos morales del autor que la ley otorga a ciertos familiares y determinadas instituciones públicas (arts. 23 y 24 ley italiana de 1941). Así, DE CUPIS, A.; *Op. Cit.*, pág. 203-204 y GRECO, P. - VERCELLONE, P.; *Op. Cit.*, pág. 346. Sin embargo, ello no casa muy bien con la posibilidad que el art. 24 de la ley italiana da al autor de prohibir la publicación de su obra.

<sup>110</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.; *Op. Cit.*, pág. 403 y ss.

<sup>111</sup> De ahí, que el art. 40 de la LPI establezca que si los derechohabientes del autor ejerciesen su derecho a no divulgar la obra en condiciones que vulnerasen lo dispuesto en el art. 44 CE, el juez podrá ordenar las medidas adecuadas a petición del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales, las instituciones públicas de carácter cultural o de cualquier otra persona que tenga un interés legítimo. Por ello, las instituciones públicas, que a su vez sean personas designadas por el autor o sus herederas, deberán buscar un equilibrio entre la protección del interés del autor y del interés público. En este sentido, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen; *Derecho de autor: la facultad de decidir la divulgación*, Madrid, 1993, pág. 427.

Las personas designadas en los arts. 15 y 16 LPI no están ejerciendo un derecho en beneficio propio puesto que son designadas por el autor o por la ley con la finalidad de proteger el interés del autor ya fallecido que es considerado por el ordenamiento como un bien jurídico merecedor de especial protección que, en este caso, a falta del autor, es confiada a las personas enumeradas en los preceptos citados. Ello sin perjuicio de que pueda haber otros bienes jurídicos dignos de tutela como el interés público de acceso a la cultura. Ahora bien, y al margen de las consecuencias que ello pueda tener en el ámbito del derecho de explotación, el derecho moral *post mortem* no debe ejercerse en beneficio propio.

Otra cuestión a tener en cuenta en relación a la tesis que defiende que estamos ante un derecho propio ejercido en beneficio del autor fallecido es si realmente estamos ante un derecho entendido como derecho subjetivo o ante una figura diferente. Sin necesidad de entrar en detalle sobre las múltiples teorías que acerca del derecho subjetivo se han planteado, baste decir aquí que actualmente se considera que el derecho subjetivo no es solamente un poder en beneficio de su titular sino que ha entrado en juego el contenido dinámico del derecho en el sentido de que su contenido viene delimitado por la realización de determinados valores y bienes jurídicos ajenos al interés del titular que la sociedad considera merecedores de una especial protección<sup>112</sup>. El derecho subjetivo persigue el interés de su titular pero, en la medida en que se ha abandonado una concepción liberal del mismo, su contenido viene delimitado por el interés social que condiciona su ejercicio.

Sin embargo, las personas legitimadas en los artículos 15 y 16 LPI no persiguen el propio interés sino que únicamente defienden intereses ajenos, ya

---

<sup>112</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.; “La relación jurídica y el derecho subjetivo”, en PUIG I FERRIOL, L.-GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., GIL RODRÍGUEZ, J.-HUALDE SÁNCHEZ, J.J.; *Manual de Derecho civil*, Tomo I, Barcelona-Madrid, 2001, pág. 459 afirma: “Ya no se concibe sólo como ámbito de poder en beneficio propio, sino también en beneficio ajeno, en la medida en que se le asigna una utilidad y beneficios sociales que, según el caso, está llamado a cumplir (la función social del derecho subjetivo, junto a la función individual o privada del mismo)” y añade: “El derecho subjetivo, de esta manera vuelve en parte al Derecho público, pero sólo en el sentido de que no es un poder absoluto del individuo (persona) reconocido por el Derecho sino que se encuentra delimitado por los intereses generales de la sociedad en la que se reconoce”. En igual sentido DÍEZ-PICAZO, Luis-GULLÓN BALLESTEROS, Antonio; *Sistema de derecho civil*, Madrid, 1992, pág. 417.

sea el particular del autor fallecido, ya sea el de la sociedad en su conjunto. Por ello, más que en la figura del derecho subjetivo, estaríamos ante un caso de una potestad, es decir, del ejercicio de un derecho-función<sup>113</sup>. Se trata de una potestad que se ejerce en beneficio de los intereses del autor y de la colectividad en la medida en que el ordenamiento jurídico considera que estamos ante bienes jurídicos merecedores de especial protección. Puesto que el derecho moral de autor es un derecho personalísimo que se extingue con la muerte de su titular ya no disponemos de la figura del derecho subjetivo para proteger tal bien jurídico por lo que debemos acudir a la idea del deber jurídico o derecho-función que a lo sumo comporta un interés legítimo de los titulares de ese deber en la protección del bien jurídico cuya protección el ordenamiento les asigna. Por ello, debe interpretarse que cuando los arts. 15 y 16 LPI hablan de ejercicio de un derecho se refieren, en puridad de conceptos, a la titularidad y ejercicio de un derecho-función y no de un verdadero derecho subjetivo.

#### **2.5.4. La protección del *nasciturus*.**

Los arts. 29 y 32 CC establecen que la personalidad empieza con el nacimiento y se extingue con la muerte por lo que sólo durante este periodo de tiempo hablaremos de la existencia de una persona titular de derecho y obligaciones. Sin embargo, la Exposición de Motivos de la ley orgánica 1/1982 dice que “Aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad, la memoria de aquél constituye una prolongación de esta última que

---

<sup>113</sup> Así CÁMARA ÁGUILA, M.P.; *Op. Cit.*, pág. 81 y ss. RODRÍGUEZ TAPIA, J. M.- BONDÍA ROMÁN, F.; *Op. Cit.*, pág. 84-85, LACRUZ BERDEJO, José Luis; “El ejercicio post mortem del aspecto moral de la propiedad intelectual”, *Temis*, 1962, nº 11, págs. 37-38 donde afirma respecto al derecho moral de autor que “su aspecto de derecho subjetivo es bastante limitado. Los vivos defienden la atribución al autor, la integridad de la obra, etc., pero, si hacen uso del derecho moral de autor, esa defensa es en homenaje a la memoria del mismo autor, y no en provecho propio. El derecho moral ha cesado de constituir así un derecho absoluto y egoísta: es ahora un poder relativo, cuyo ejercicio está orientado a salvaguardar el pensamiento del autor y su forma de expresión. Más que de un derecho, podría hablarse aquí de un deber moral hacia la memoria del autor, que puede ser hecho valer, en interés de éste, por determinadas personas legitimadas para ello sin que quepa decir de modo absoluto, que están investidas de un derecho subjetivo” y, en parte, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.; *Op. Cit.* pág. 253-254 aunque no descarta este autor la influencia de otras tesis. En la legislación francesa el art. L 121-1 CPI establece que “El autor goza del derecho al respeto de su condición de autor y de su obra. Este derecho está ligado a su persona. Es perpetuo, inalienable e imprescriptible. Es transmisible por causa de muerte a los herederos del autor. El ejercicio puede ser conferido a un tercero en virtud de disposiciones testamentarias”, con lo cual, en efecto, se cae en la contradicción de afirmar que las facultades son personalísimas e inalienables pero son también transmisibles mortis causa. Esta contradicción ha sido superada por la doctrina francesa entendiendo que se produce una modificación del derecho que se convierte en un deber o derecho-función. Así, DESBOIS, H.; *Le droit d’auteur en France*, Dalloz, 1978, pág. 569 y ss.

debe también ser tutelada por el Derecho...”. Por ello, cierto sector doctrinal considera desfasado este concepto de personalidad que entiende derogado por aplicación de los valores personalidad y dignidad reconocidos en el art. 10.1 CE<sup>114</sup>. Se entiende que, si bien una persona fallecida o el *nasciturus* no tienen capacidad de obrar, sí tienen capacidad para ser titulares de derechos y obligaciones por lo que tienen derechos fundamentales antes del nacimiento y con posterioridad a su muerte<sup>115</sup>.

Sin embargo, no compartimos esta teoría. Es cierto que los arts. 29, 30 y 32 CC deben ser revisados a la luz del art. 10.1 CE pues la idea de que el menor de edad no adquiere personalidad jurídica hasta que han transcurrido 24 horas de su nacimiento con figura humana no puede hoy mantenerse pese a su carácter retroactivo al menos en el aspecto de la personalidad<sup>116</sup>. Lo contrario implicaría que el recién nacido de 12 horas no tiene derecho a la vida en ese momento por mucho que lo adquiera posteriormente con efectos retroactivos. Ahora bien, de ahí a entender que existe una persona con derechos y obligaciones antes del nacimiento y con posterioridad a su muerte hay una distancia no salvable que comporta hacer una afirmación, que, según creemos, no puede desprenderse del Derecho positivo.

El ordenamiento jurídico otorga cierta protección a la memoria del fallecido como una prolongación de su personalidad<sup>117</sup> y a la vida del *nasciturus* como titular de un bien jurídico, que no derecho, a la vida<sup>118</sup>. Sin embargo, creemos que

---

<sup>114</sup> ALEGRE MARTÍNEZ, M.A.; *El derecho a la propia imagen...*, cit., págs. 101-102 y del mismo autor *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, León, 1996, págs. 49 y 92 y ss.

<sup>115</sup> ALEGRE MARTÍNEZ, M.A.; *El derecho a la propia imagen...*, cit., págs. 104-105.

<sup>116</sup> En sentido similar MARTÍNEZ PUJALTE, A.L.; “Hacia un concepto constitucional de persona”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadriqué Furió Cerol*, nº 11-12, Valencia 1995, pág. 152 quien considera que la visión de persona que ofrecen los arts. 29 y 30 CC es desfasada y, en todo caso, puede mantenerse solamente en el ámbito patrimonial como una *factio iuris*. En igual sentido, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel; “Desde el instante en que nace, todo niño es persona e inscribible en el Registro”, en *Revista de Derecho Privado*, 1997, págs. 166-191 y GARCÍA PÉREZ, C.; *Op. Cit.*, págs. 22-23.

<sup>117</sup> Arts. 4 a 6 de la ley orgánica 1/1982.

<sup>118</sup> STC de 11 de abril de 1985.

tal protección no puede equipararse a la protección que tiene la persona titular de derechos y obligaciones pues tanto en el caso del *nasciturus* como en el caso de la persona fallecida estamos ante una protección muy limitada que, en la medida en que no se vincula a una persona, se circunscribe solamente al aspecto defensivo y protector<sup>119</sup> y porque solamente se extiende a determinados ámbitos<sup>120</sup>.

Por ello, no creemos que exista una persona titular de derechos y obligaciones con anterioridad al nacimiento y con posterioridad a la muerte pero sí existe un bien jurídico individual que merece cierta protección<sup>121</sup>. La autorrealización humana necesita de unos presupuestos existenciales que, en tanto que son de utilidad para el hombre, se denominan bienes y puesto que se protegen por el Derecho son bienes jurídicos, es decir, que los bienes jurídicos son aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización en la vida social<sup>122</sup> y que como tales protege el ordenamiento jurídico.

Estos bienes jurídicos adquieren un entidad cualificada en el momento del nacimiento y hasta el momento de la muerte. Podría decirse que, cuando los bienes jurídicos de la personalidad son tutelables porque se manifiestan en una persona concreta, hablaríamos de titularidad de bienes jurídicos de la personalidad mientras que cuando éstos son tutelables meramente como categorías ético-jurídicas que socialmente se consideran merecedoras de protección en abstracto, estaríamos simplemente ante bienes jurídicos.

---

<sup>119</sup> YSÁS SOLANES, M.; *Op. Cit.*, pág. 806 y 826 e IGARTÚA ARREGUI, Fernando; “La protección de los aspectos personales y patrimoniales de los bienes de la personalidad tras la muerte de la persona”, en *La ley*, 1990-1, pág. 1069 quienes así lo sostienen en el caso de la memoria del fallecido.

<sup>120</sup> En efecto, el *nasciturus* es titular de un bien jurídico a la vida pero no se protege su imagen, su libertad de expresión, de pensamiento, religiosa,... y en el caso de la persona fallecida la protección se limita básicamente a la protección de su memoria.

<sup>121</sup> De esta forma evitamos caer en contradictorias para explicar la defensa de los derechos a la intimidad, honor e imagen del fallecido como hace HERRERO-TEJEDOR, Fernando; *La intimidad como derecho fundamental*, Madrid, 1998, pág. 80 y ss. donde afirma que en el caso del fallecido no existe titularidad del derecho pero sí ejercicio del mismo. Nos preguntamos cómo puede ejercerse un derecho cuya titularidad no existe.

<sup>122</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; “El Derecho Penal objetivo”, en GARCÍA ARÁN, Mercedes-MUÑOZ CONDE, Francisco; *Lecciones de Derecho Penal. Primera Parte: Fundamentos del Derecho penal*, Sevilla, 1991, pág. 50.

Obviamente los bienes jurídicos de la personalidad merecen una tutela cualificada. Por ello, durante este periodo de la existencia humana se protegen a través de los derechos subjetivos de la personalidad que funcionan como un instrumento jurídico que permiten a la persona proteger sus bienes jurídicos de la personalidad y ejercer las facultades que de aquéllos derivan. Sin embargo, cuando por el motivo que sea no es posible defender el bien jurídico a través del derecho subjetivo de la personalidad, el ordenamiento jurídico intenta proteger por otras vías directas o indirectas en la medida en que su protección deviene una cuestión de interés público porque en una sociedad democrática no se puede aceptar que se vulneren los bienes jurídicos de la personalidad. Así aparece la figura del interés legítimo.

## **2.6. Interés legítimo y funcionalización de determinadas instituciones jurídicas.**

El art. 10.1 CE supone la consagración de la dignidad y la personalidad como principios rectores de todo el ordenamiento jurídico español. Por ello, los valores dignidad y personalidad asumen una labor informadora de todo el ordenamiento jurídico de tal manera que todas las ramas del Derecho y todas sus instituciones deben ser interpretadas conforme a ellos<sup>123</sup>. La personalidad debe contemplarse desde un punto de vista unitario, como un todo global que no puede fragmentarse sino que todas las manifestaciones de la misma deben entenderse como una unidad<sup>124</sup>. El ordenamiento jurídico en su conjunto está al servicio de la consecución del valor personalidad considerado unitariamente a través de la protección de cada una de sus manifestaciones. Por ello, en este ámbito, no tiene sentido la diferenciación entre Derecho público y Derecho privado pues la personalidad, como fundamento de todo el ordenamiento jurídico, es protegida desde todas las ramas del Derecho de tal manera que entre éstas existe una relación de complementariedad en aras a la consecución de un fin común: la tutela de la personalidad<sup>125</sup>.

---

<sup>123</sup> RICO PÉREZ, F.; *Op. Cit.*, pág. 956-957 y RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J.; *Op. Cit.*, pág. 58-59.

<sup>124</sup> STANZIONE, P.; *Op. Cit.*, pág. 95-111, PERLINGIERI, P.; *Op. Cit.*, pág. 66-67, LÓPEZ JACOISTE, J.J.; *Op. Cit.*, pág. 1071-1075, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.; *Op. Cit.*, pág. 29 y 53-54.

Pero de igual forma deben ponerse al servicio de los valores antedichos todas las instituciones del ordenamiento jurídico que deberán interpretarse de la forma más favorable a aquéllos. Hay una serie de instituciones jurídicas que han evolucionado para adecuar su función tradicional al valor personalidad<sup>126</sup>. La dignidad de la persona se manifiesta de múltiples formas, en una gran variedad de situaciones, aspectos y matices. Por ello, si bien es cierto que los derechos fundamentales son manifestación de la personalidad misma entendida como valor, también lo es que ceñir la tutela de la personalidad a la figura del derecho subjetivo supone una limitación a la tutela de aquel valor que debe evitarse. Es cierto que, en gran parte de las situaciones, la tutela del valor personalidad se consigue a través de los derechos subjetivos de la personalidad pero también puede tratarse simplemente del respeto a una dimensión vital del propio ser o de recabar la efectividad de un mero interés no configurado como derecho subjetivo<sup>127</sup>.

El ejercicio del derecho subjetivo responde a la idea de realización de determinados valores que en el caso de los derechos de la personalidad son los valores del art. 10.1 CE<sup>128</sup>. Lo decisivo en esta figura es que el ordenamiento jurídico pone a disposición del propio sujeto titular de los derechos la defensa de su interés, es decir, es el propio sujeto en primera persona, quien en ejercicio de

---

<sup>125</sup> De ahí que no tenga sentido ya diferenciar entre derechos fundamentales como pertenecientes al Derecho Público y derechos de la personalidad como pertenecientes al Derecho Privado. En ambos casos estamos haciendo referencia a manifestaciones de la personalidad. Por ello, no puede mantenerse que sólo cuando un derecho fundamental es violado por el Estado podrá acudir al recurso de amparo. El recurso de amparo está abierto a la defensa de los derechos inherentes a la persona tanto si son vulnerados por un ente público como si son vulnerados por un ente privado. Así, SALAS, J.; "Protección judicial ordinaria y recurso de amparo frente a las violaciones de las libertades públicas", en *Revista de Derecho Administrativo*, 1980, nº 27, pág. 558, DE LA QUADRA SALCEDO, T.; *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid, 1981, pág. 14-15 y 83-102, DELGADO ECHEVERRÍA, J. en LACRUZ BERDEJO, J.L.; *Elementos de Derecho Civil*, Vol. I-2, pág. 52 y ALBÁCAR LÓPEZ, J.L.; "La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales", en *La Ley*, 1984, pág. 1206. También las STCs 6/82 de 24 de mayo, 450/1985 de 10 de octubre de 1988, 1247/1986 de 2 de diciembre de 1988,...

<sup>126</sup> PERLINGIERI, P.; *Op. Cit.*, pág. 18-21.

<sup>127</sup> LÓPEZ JACOISTE, J.J.; *Op. Cit.*, pág. 1078.

<sup>128</sup> DÍEZ-PICAZO, L.-GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Sistema de Derecho civil*, Vol. I, Madrid, 1992, pág. 417.



su derecho, protege y realiza el bien jurídico subyacente en el mismo<sup>129</sup>. Sin embargo, hay una serie de situaciones en las que la protección de tal interés no queda garantizada a través del derecho subjetivo, bien porque el sujeto no está determinado<sup>130</sup>, bien porque el sujeto no existe como tal<sup>131</sup>, bien, y éste es el supuesto que a efectos de este estudio interesa, porque estamos ante un sujeto existente y determinado, el menor de edad, que, pese a ser titular del derecho subjetivo, no tiene la posibilidad real de defender por sí mismo y a través de tal figura el bien jurídico que ésta encierra.

En efecto, si bien es cierto que la dicotomía capacidad jurídica-capacidad de obrar entendida desde un punto de vista formal no tiene sentido en el ámbito de los derechos de la personalidad<sup>132</sup> y que por ello el menor de edad podrá ejercer sus derechos siempre que tenga suficiente madurez de juicio, queda por resolver la cuestión de cómo se garantiza la tutela de la personalidad del menor en aquellos supuestos en que ni siquiera tiene suficiente capacidad de entendimiento.

Ha quedado expuesto que los valores recogidos en el art. 10.1 CE son el fundamento del orden político y la paz social por lo que el objetivo del ordenamiento jurídico será la consecución de aquéllos y el ordenamiento se interpretará y se integrará conforme a los valores antedichos. Por ello, la consecución de los valores personalidad y dignidad de la persona se convierten en una cuestión de interés público<sup>133</sup> y el Estado por mandato expreso del art. 9.2

---

<sup>129</sup> BIGLIAZZI GERI, L.; *Op. Cit.*, pág. 273 y DÍEZ-PICAZO, L.-GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Sistema...*, cit., Vol. I, pág. 418.

<sup>130</sup> Nos estamos refiriendo a aquellos casos en los que se vulnera una determinada manifestación de la personalidad en abstracto sin que ningún sujeto concreto pueda sentirse vulnerado en primera persona. Es lo que sucede en la STC 214/1991 de 11 de noviembre donde se admite la existencia de un honor dañado por manifestaciones vejatorias hacia la raza judía argumentando que el art. 162.1 b) CE permite interponer recurso de amparo a cualquier persona que tenga un interés legítimo. Aquí, por tanto, la defensa de la personalidad como valor no se materializa a través de la figura del derecho subjetivo. Sobre la posibilidad de que los entes sin personalidad jurídica acudan al amparo GARCÍA PÉREZ, C.; *Op. Cit.*, págs. 71-81.

<sup>131</sup> Piénsese en los supuestos del concebido y no nacido o en los supuestos de protección del honor de personas fallecidas.

<sup>132</sup> STANZIONE, P., O; *Capacità e minore età nella problematica ...*, cit., pág. 249.

<sup>133</sup> LÓPEZ JACOISTE, J.J.; *Op. Cit.*, pág. 1070.

CE debe garantizar a través del ordenamiento jurídico los mecanismos que lo aseguren. El Estado debe promover las condiciones y evitar los obstáculos para la efectiva realización del valor dignidad<sup>134</sup>. Mediante la protección individual del interés particular se consigue a la vez el interés público relativo a la salvaguarda<sup>135</sup>.

Por esta razón hay muchas instituciones jurídicas que se han funcionalizado en el sentido de que han adecuado su función tradicional a la consecución de valores constitucionales<sup>136</sup>. Ello sucede en el ámbito de la familia pues ésta debe garantizar el libre desarrollo de la personalidad<sup>137</sup> de cada uno de sus miembros y en especial se manifiesta en la potestad de los padres que debe garantizar la personalidad del hijo.

En este sentido es evidente que los titulares de los derechos de la personalidad son los hijos menores de edad y por ellos serán ejercidos siempre que tengan suficiente madurez de juicio. Pero cuando esa capacidad mínima de

---

<sup>134</sup> RICO PÉREZ, F.; *Op. Cit.*, pág. 960.

<sup>135</sup> DE CUPIS, A.; *Op. Cit.*, pág. 74.

<sup>136</sup> PERLINGIERI, P.; *La personalità umana...*, cit., pág. 20-21 y en "Por un Derecho Civil Constitucional...", cit., pág. 4-15 donde afirma que la CE asume una función promotora de la transformación de las instituciones tradicionales de todo el ordenamiento jurídico por lo que también en Derecho civil es preciso proceder a la revisión de los conceptos tradicionales para adecuarlos a los valores constitucionales.

<sup>137</sup> ROCA TRÍAS, E.; *Familia y cambio social...*, cit., pág. 71 y la misma autora en *Contestación al discurso...*, cit., pág. 979. En la doctrina italiana STANZIONE, P.; "Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori", en PERLINGIERI, P.; *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, pág. 100 donde afirma que "la famiglia non può diventare una "zona franca" nella quale si verifici il misconoscimento della vigenza dei principi fondamentali. La famiglia (...) ha come funzione qualificante quella di sviluppare la personalità dei membri che la compongono; non può diventare, pertanto, strumento di opresione dell'individualità del singolo...", y del mismo autor *Interesse del minore...*, cit., pág. 1759 y *Capacità e minore età...*, cit., pág. 346 y ss. , RUSCELLO, F.; *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, Milano, 1996, pág. 22, , IANNI, P.; "Potestà dei genitori e libertà dei figli", en *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1997, pág. 866, BESSONE, M.; "Personalità del minore, funzione educativa dei genitori e garanzia costituzionale dei diritti inviolabili", (Nota a Tribunale min. Bologna 26 ottobre 1973) en *Giurisprudenza di merito*, 1975, parte I, pág. 348, PERLINGIERI, P.; "I diritti del singolo quale appartenente al grupo familiare", en *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, pág. 44 y en *La personalità umana...*, cit., pág. 145-146. En este sentido existe jurisprudencia en Italia como la sentencia del Tribunale minorile de Bologna de 26 octubre 1973 (*Giurisprudenza italiana*, 1974, I, 2, pág. 246-249) y la del Tribunal de Casación de 8 de noviembre de 1974, nº 3420 (*Foro italiano*, 1975, I, pág. 1713-1722) que dice que "i diritti della persona debbono ricevere tutela anche nelle comunità intermedie in cui l'uomo vive, ivi compresa la famiglia (...), il cui riconoscimento opera nella misura in cui si presenta come strumento effettivamente capace di promozione della personalità".

entendimiento no se da, los titulares de la patria potestad tienen el derecho y el deber de que el valor personalidad se realice de forma plena en las personas de sus hijos o, en otras palabras, existen unos bienes jurídicos del menor que deben protegerse. De ahí que la situación jurídica del menor implique no sólo un reconocimiento estático de sus derechos subjetivos sino también la existencia de una serie de deberes jurídicos derivados de las relaciones jurídicas en las que se incardina el menor<sup>138</sup>.

Existen diferentes instrumentos a través de los cuales se protege la esfera de la personalidad entendida como valor unitario. Uno de ellos es la vía del derecho subjetivo donde la satisfacción del interés depende del propio sujeto interesado pero existen situaciones jurídicas diferentes en las cuales el valor personalidad se defiende a través de la idea de interés legítimo de tal manera que la satisfacción del bien jurídico depende del comportamiento de un sujeto diferente del que es titular del bien<sup>139</sup>. En este sentido la institución de la patria potestad responde típicamente a la idea de protección de la personalidad como valor a través de la idea de interés legítimo y no del derecho subjetivo<sup>140</sup>. En relación a la tutela de la persona, donde no llega el derecho subjetivo llega la personalidad y la dignidad como valores superiores del ordenamiento. La patria potestad está cumpliendo una función social al tener como deber la consecución de los bienes jurídicos de la personalidad de los hijos menores sin capacidad natural.

## 2.7. Recapitulación.

En conclusión, se parte aquí de la idea de la personalidad y la dignidad entendidas como valores superiores del ordenamiento y que, en consecuencia, se

---

<sup>138</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> Carmen; "Protección del menor, consentimiento en el ámbito de las intervenciones sanitarias y libertad ideológica (A propósito de la STS, sala de lo penal, de 27 de junio de 1997)", en *La Notaría*, 1998, nº11-12, pág. 23.

<sup>139</sup> En este sentido PERLINGIERI, P.; *La personalità umana...*, cit., pág. 179 y 220, BIGLIAZZI GERI, L.; *Op. Cit.*, pág. 273, GARCÍA PÉREZ, C.; *Op. Cit.*, pág. 129-134 y LÓPEZ JACOISTE, J.J.; *Op. Cit.*, pág. 1078.

<sup>140</sup> Así, BIGLIAZZI GERI, L.; *Op. Cit.*, pág. 291-295 aunque partiendo de una concepción de la patria potestad propia de la época.

protegen de forma unitaria desde todas las disciplinas y desde todas las instituciones jurídicas.

De esos valores derivan una serie de derechos subjetivos, los llamados derechos de la personalidad que normalmente están recogidos de forma expresa o son extraídos de la personalidad como valor cuando los derechos tipificados no garantizan todas las manifestaciones de la misma.

Por otra parte, al considerar la personalidad como valor tenemos la ventaja de que no hemos de ceñirnos necesariamente a la figura del derecho subjetivo para garantizar su tutela. La protección del valor personalidad se consigue la mayor parte de las veces a través de la figura del derecho subjetivo pero cuando ello no sea posible, el ordenamiento jurídico proporciona otras instituciones que permiten tutelar aquel valor desde otra perspectiva. Así sucede con el interés legítimo y los bienes jurídicos de la personalidad. Con ello se supera la dificultad que supone considerar que hay un derecho general a la personalidad pues se protegen aquellas situaciones en las que la figura del derecho no garantiza la tutela del valor.

Por todo ello, se parte aquí de que la figura del derecho subjetivo es insuficiente para garantizar la tutela del valor personalidad por lo que debe ser acompañada por otros instrumentos jurídicos de protección<sup>141</sup>.

### **3. ART. 162.2 CC y ART. 155.2 CF.**

#### **3.1. El art. 162.2 CC.**

El art. 162.2 CC excluye de la representación legal 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”<sup>142</sup>.

---

<sup>141</sup> La insuficiencia de la figura del derecho subjetivo para tutelar el valor personalidad ya ha sido señalada por la doctrina. Así, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H.; “Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad...”, cit., pág. 115 quien entiende que más que hablar de derechos subjetivos hemos de hablar de una figura más compleja, un nuevo tipo de relación o situación jurídica.

<sup>142</sup> También en el ordenamiento francés se hace una previsión similar en los arts. 389.3 y 450 del *Code Civil* en los que se prevé que los representantes legales no podrán actuar cuando el menor pueda hacerlo por sí mismo según la ley o los usos sociales. Dice el art. 389.3 del *Code Civil*

Pese a la confusa redacción del precepto, la mayor parte de la doctrina ha coincidido en entender que debe interpretarse que los actos relativos a derechos de la personalidad quedarán excluidos de la representación legal cuando el menor tuviera suficiente madurez para ejercerlos por sí mismo mientras que en los otros actos la representación se excluirá cuando de conformidad a la ley el menor pueda realizarlos. Es decir, el criterio de la madurez se vincula a los actos relativos a los derechos de la personalidad y el de la ley a los otros actos<sup>143</sup>.

Para defender esta interpretación, la doctrina se basa en los trabajos parlamentarios previos a la promulgación del precepto. En el grupo de trabajo de la Comisión General de Codificación se presentaron dos propuestas de redacción del precepto. La primera, del Prof. Dr. José María Castán Vázquez, establecía para los padres “el deber de representarlos en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho y en general, en todos los actos civiles, salvo aquellos que por disposición expresa de la ley puedan ejercitar por sí solos” y la segunda, del Prof. Dr. Luis Díez-Picazo, exceptuaba de la representación legal “los derechos de la personalidad que el hijo esté en situación de ejercitar por sí mismo de acuerdo con su madurez”<sup>144</sup>. Se dice que en la redacción definitiva se intentó recoger como excepciones a la representación legal tanto el supuesto de una propuesta, los actos que pueda ejercitar el menor conforme a la ley, como el de la otra, los derechos de la personalidad que pueda ejercitar por sí mismo conforme a su madurez.

---

en su primer párrafo que “L’administrateur légal représentera le mineur dans tous les actes civils, sauf les cas dans lesquels la loi ou l’usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes” y el art. 450 en su apartado primero afirma que “le tuteur prendra soin de la personne du mineur et représentera dans tous les actes civils, sauf les cas dans lesquels la loi ou l’usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes”.

<sup>143</sup> TORTORICI PASTOR, C.; *Op. Cit.*, pág. 77-79 donde sostiene esta interpretación porque una “diversa combinazione finirebbe con lo svuotare di ogni significato l’espressione “condiciones de madurez”, che non può essere collegata agli “otros actos” poiché per l’esercizio di questi il legislatore in genere ricorre ancora alla fissazione di precisi limite d’età...”, VENTOSO ESCRIBANO, Alfonso; *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, Madrid, 1989, 146, MONTÉS, V.L. con la colaboración de GAVIDIA, J.; *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984, pág. 1085-1086 y URIBE SORRIBES, A.; “La representación de los hijos”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXV, pág. 261.

<sup>144</sup> Así lo explica el propio CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, III-2, Madrid, 1982, págs. 183-184 quien curiosamente niega que la redacción actual del precepto, como pretende la doctrina mayoritaria, sea un compendio de ambas propuestas sino que atribuye el origen del mismo a la propuesta de Luis Díez-Picazo.

Sin embargo, es posible hacer algunas críticas a esta teoría. En primer lugar, en relación a los derechos de la personalidad, si bien es cierto que la regla general es que será el menor quien actúe si tiene suficiente madurez, no es menos cierto que, en ocasiones, no es suficiente con tener capacidad de autogobierno sino que será preciso atender a las limitaciones en el ejercicio de los derechos de la personalidad que la ley establezca en relación a determinados derechos de la personalidad<sup>145</sup>. En efecto, hay una serie de actos relativos a derechos de la personalidad respecto de los cuales la ley, prescindiendo del criterio de la madurez, establece la prohibición de realizarlos antes de haber alcanzado una determinada edad<sup>146</sup>.

La justificación de estos límites legales al ejercicio de un derecho de la personalidad es la propia protección del menor. Si es cierto que debe concederse al menor el ejercicio de sus derechos de la personalidad porque es beneficioso para él que desarrolle su propia personalidad y llegue a ser un adulto autosuficiente y responsable, también lo es que, en ocasiones, es preciso privarle de ese ejercicio cuando puede ser perjudicial para su persona. Lo mismo sucede, aunque en menor medida, con los mayores de edad para quienes la ley impide determinados actos en el ejercicio de los derechos de la personalidad por considerar que atentan contra la esencia misma del derecho en cuestión. La protección del menor se manifiesta de forma activa fomentando su autonomía y

---

<sup>145</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.; *Manual de derecho civil...*, cit., vol. I, pág. 165.

<sup>146</sup> En relación a determinadas actividades que afectan al derecho a la integridad física se suele exigir por la ley la mayoría de edad. Así, según la ley 30/1979 de 7 de octubre y su reglamento aprobado por Real Decreto 426/1980 de 22 de febrero el donante de órganos para su ulterior injerto o implantación deberá ser mayor de edad. El Real Decreto 411/1996 sobre actividades relativas a tejidos humanos establece que para que una persona pueda donarlos debe ser mayor de edad, salvo que se trate residuos quirúrgicos, de progenitores hematopoyéticos y de médula ósea, en estos dos últimos casos sólo si hay una relación de parentesco entre donante y receptor. Los Reales Decretos 1945/1985 y 1854/1993 establecen que para donar sangre deberá haberse alcanzado la mayoría de edad. El art. 5 de la ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre técnicas de reproducción asistida y en el Real Decreto 412/1996 de 1 de marzo se establece que para la donación de gametos humanos y preembriones es preciso ser mayor de dieciocho años. Finalmente, la ley 42/1988 establece que para la donación de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos por menores de edad no emancipados será preciso, además, el consentimiento de sus representantes legales. El art. 155.2 CP no considera válido el consentimiento otorgado por el menor de edad en los delitos de lesiones y respecto a la esterilización y cirugía transexual sólo pueden prestar válidamente su consentimiento los mayores de edad según establece el art. 156.1 CP. Por último, el art. 109 CC establece en su párrafo cuarto que para alterar el orden de los apellidos deberá haberse alcanzado la mayoría de edad.

permitiendo que actúe por sí mismo y de forma pasiva impidiendo su actuación cuando ésta puede ser perjudicial para el normal desarrollo de su personalidad. Cuestión diferente es que consideremos que las limitaciones que la ley establece a la actuación del menor de edad estén plenamente justificadas atendiendo a este criterio o no lo estén. En cualquier caso, debe entenderse que en defecto de ley que limite la actuación del menor en el ámbito de sus derechos de la personalidad la norma es la actuación directa del menor.

En definitiva, para saber cuando puede el menor ejercer por sí mismo sus derechos de la personalidad habrá que estar a la existencia de madurez suficiente y a la ausencia de límites legales en la edad para el ejercicio de los mismos, es decir, adquieren relevancia los dos criterios del art. 162.2 1º CC y no sólo la madurez<sup>147</sup>.

Respecto a “los otros actos”, el art. 162.2 CC se refiere a aquellos actos para los que la ley prevé que el menor pueda ejercitar por sí mismo en determinadas condiciones. Es decir, la ley establece una capacidad especial del menor para actos concretos. Por ello, cuando el art. 162.1 CC habla de otros actos se está refiriendo a aquellos actos en que el menor puede actuar por sí mismo porque la ley le atribuye capacidad especial para realizarlos prescindiendo de la necesidad de hacer un análisis concreto de la madurez pues ésta no juega aquí<sup>148</sup>.

Pero cuando el art. 162.2 CC habla de otros actos también se está refiriendo a aquellos actos que puede realizar el menor de acuerdo con sus condiciones de madurez y respecto de los cuales, en consecuencia, queda

---

<sup>147</sup> Parece que también así LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel (coord.); *Los menores en el Derecho español*, Madrid, 2002, pág. 53, GONZÁLEZ PACANOWSKA “Notas sobre la protección del menor en la esfera de los denominados “derechos de la personalidad” con especial referencia a la imagen”, en *La tutela de los derechos del menor. 1º Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba, 1984, pág. 222 y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen; “Capacidad natural e interés del menor como fundamento del libre ejercicio de los derechos de la personalidad”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, 2003, Tomo I, pág.s. 962 y ss.

<sup>148</sup> Parece que JORDANO FRAGA; *Op. Cit.*, pág. 896 habla sólo de actos personalísimos aunque posteriormente incluye todos aquéllos para los que el menor tiene capacidad general en base a su capacidad natural. Sin embargo, creo que cuando el art. 162.2 habla de otros actos se está refiriendo a actos para los que el menor tiene capacidad especial y general, sean personalísimos o no.

excluida la representación legal. La “capacidad natural se hace jurídicamente relevante y señala, en modo variable según el propio desarrollo del menor, simultáneamente un ámbito de válida actuación del menor y de correlativa exclusión del representante legal”<sup>149</sup>.

En efecto, la capacidad natural sufre un desarrollo progresivo y ello tiene su reflejo en la vida real de tal manera que socialmente se consideran válidos los contratos de poca entidad que el menor realiza (compra de chucherías, tebeos,...). El menor tendrá capacidad para realizar válidamente aquellos “otros actos” para los cuales tenga capacidad natural suficiente de acuerdo con los usos sociales. Ello lógicamente implica que los actos que pueda realizar un menor de corta edad no serán los mismos que pueda realizar uno que esté a punto de alcanzar la mayoría de edad porque el grado de desarrollo intelectual no será el mismo. Pues bien, esta idea que ya había sido apuntada por la doctrina<sup>150</sup>, es hoy plenamente argumentable según la legislación vigente si interpretamos de esta forma el art. 162 CC<sup>151</sup>. No estaríamos aquí ante un supuesto de capacidad especial que atribuye la ley al menor de edad sino ante un supuesto de verdadera capacidad general del menor fundada en el grado de desarrollo intelectual y emocional que tenga el menor en cada momento de su vida<sup>152</sup>.

Por tanto, respecto de los otros actos diferentes de los relativos a los derechos de la personalidad, el menor podrá actuar por sí mismo y, en

---

<sup>149</sup> JORDANO FRAGA, F.; *Op. Cit.*, pág. 898 donde añade que es “sobre esta dirección de la norma sobre la que es posible asentar una explicación no ficticia de la actividad negocial de los menores, progresivamente más amplia cuanto mayor es su desarrollo personal: los actos y contratos que en la práctica realizan los menores y sobre los que nadie se cuestiona su validez son válidos (plenamente), porque los menores tienen capacidad para realizarlos con arreglo a su edad y entendimiento, en relación con el carácter, naturaleza y complejidad de la operación de que se trate”, DELGADO ECHEVERRÍA en LACRUZ BERDEJO, J.L.; *Op.Cit.*, vol. I, pág. 109. Ver también la STS de 10 de junio de 1991.

<sup>150</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F.; *Op.Cit.*, pág. 183.

<sup>151</sup> JORDANO FRAGA, F.; *Op. Cit.*, pág. 899.

<sup>152</sup> JORDANO FRAGA, F.; *Op. Cit.*, pág. 899. En contra, DELGADO ECHEVERRÍA en LACRUZ BERDEJO, J.L.; *Op.Cit.*, vol. I, pág. 109 donde sostiene que cuando un menor contrata dentro de los límites que los usos sociales atribuyen a sus edad existe en realidad bien una autorización tácita de su guardador, bien una renuncia tácita del menor y de su guardador a impugnar posteriormente dicho contrato.



consecuencia, quedará excluida la representación legal en aquellos casos en que el menor tenga suficiente madurez para actuar por sí mismo y en aquellos casos, normalmente actos personalísimos, en los cuales la ley prevé que el menor actúe a partir de una edad determinada. Es decir, también aquí, deben tenerse en cuenta los dos criterios, madurez y previsión legal, para saber cuando quedará excluida la representación legal.

Por ello, si bien el precepto nació con la intención de exceptuar determinados actos jurídicos en el ámbito de la representación legal, acabó siendo además una regulación de aquellos aspectos de la realidad socio-jurídica en los que el menor puede actuar por sí mismo de tal manera que allí donde éste actúa no hay ciertamente representación pero cuando el menor no puede hacerlo por sí mismo sólo en determinadas parcelas se excluye la representación<sup>153</sup>. De esta forma en el ámbito patrimonial, si el menor no puede realizar determinados actos por falta de madurez o porque la ley le impide hacerlo antes de alcanzar determinada edad, sí cabe la representación en la medida en que esta institución persigue proteger al menor. Pero en el ámbito de los actos personalísimos creemos que la representación no cabe por supuesto cuando el menor puede actuar por sí mismo pero tampoco cuando éste no puede hacerlo. Finalmente, en relación a los derechos de la personalidad, la cuestión tiene un mayor grado de dificultad.

Parte de la doctrina ha puesto de manifiesto que, si negamos la posibilidad de actuación de la representación en los derechos de la personalidad cuando el menor no puede actuar por sí mismo, los intereses de los hijos podrían quedar

---

<sup>153</sup> Es significativo que DÍEZ-PICAZO, L.; *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979, pág. 286 excluya expresamente la representación en el ámbito de la personalidad y diga que en “la esfera de los derechos de la personalidad, parece que en ningún caso pueden el padre o la madre que ejercen la patria potestad operar sin consentimiento del hijo y que en esta esfera su función es la de puro complemento de capacidad. Esta función es indudablemente distinta del poder genuino de representación legal. En la representación legal el representante sustituye completamente en la actuación al representado, mientras que en la función de complemento el autor del acto o del negocio jurídico es la propia persona titular de los intereses y el que la complementa se limita a concurrir en ella emitiendo una declaración adicional que salva el defecto o la limitación de la capacidad”. Parece por tanto, que en la excepción del art. 162.2 1º CC se ha querido recoger al mismo tiempo la exclusión de la representación en los derechos de la personalidad y las situaciones relativas a estos derechos en las que además el menor puede actuar por sí mismo.

lesionados<sup>154</sup>. Sin embargo, creemos que al impedir la representación en el ámbito de la personalidad, precisamente lo que se persigue es la protección de los intereses del menor pues, si bien en la esfera patrimonial la representación es una garantía de tutela de los intereses del hijo, en la esfera de la personalidad, la protección pasa por renunciar, como regla general, a la representación porque sólo así se respeta al menor como persona lo cual no significa que no existan otros medios para evitar que el menor sufra perjuicio alguno o que la representación legal no pueda actuar de forma excepcional.

### 3.2. El art. 155.2 CF.

El art. 155.2 a) y b) CF dice:

“S´exceptuen de la representació legal atribuïda al pare i a la mare:

a) Els actes relatius als drets de la personalitat, llevat que les lleis que els regulin ho disposin altrament.

b) Els actes que, de conformitat amb les lleis i segons l´edat i la capacitat natural, pugui fer el fill o filla per si mateix.”.

La primera diferencia que se observa en relación a la redacción del art. 162.2 CC, en el cual, sin embargo, se inspira<sup>155</sup>, es que en la regulación catalana se diferencia entre la exclusión de la representación legal en los actos relativos a los derechos de la personalidad (apartado a) y en los otros actos en los que el menor, de acuerdo con su madurez o edad y de conformidad con la ley, pueda realizar por sí mismo (apartado b).

Por ello, de la literalidad del precepto se deduce que la representación legal queda siempre excluida de los actos relativos a los derechos de la personalidad, salvo que las leyes que regulen los mismos permitan excepcionalmente la representación legal de los padres como sucede en la ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo de protección civil del honor, la intimidad personal

---

<sup>154</sup> VENTOSO ESCRIBANO, A.; *Op. Cit.*, pág. 144.

<sup>155</sup> Así se recoge en los trabajos parlamentarios en JOU i MIRABENT, Lluís-MIRAMBELL i ABANCÓ, Antoni; *Proposta de regulació de la “potestat dels pares” en el Codi de Família de Catalunya*, Barcelona, juny 1994 donde se hace una propuesta de redacción que en cuanto al fondo es la que después se aprobaría en el Código de Familia.

y familiar y la propia imagen. Es decir, la regla general es la no intervención de los padres en tanto que representantes legales en el ámbito de los derechos de la personalidad del hijo menor de edad mientras que la excepción conllevaría la necesidad de previsión legal en este sentido.

Ahora bien, es cierto que, si bien no fue una cuestión en absoluto polémica, en los antecedentes de CF aparece la idea de que este artículo, que en el proyecto de CF era el 143, debería redactarse de otra forma pues los padres, en tanto que representantes legales de los hijos deben ejercer las acciones de defensa de los derechos de la personalidad de los hijos<sup>156</sup>. Sin embargo, el apartado a) del que después sería el art. 155.2 CF se tramitó sin que se pronunciara enmienda alguna al mismo. Y es que, como se verá, el art. 155.2 a) CF hace referencia a la imposibilidad de ejercer los derechos subjetivos de la personalidad del menor pero en modo alguno impide la protección de los bienes jurídicos de la personalidad del hijo por parte de los padres.

Si la representación legal queda excluida, como norma general, en el ámbito de los derechos de la personalidad, cabe plantearse cuándo puede el menor ejercer sus derechos de la personalidad. Y aquí es cuando entra en juego el art. 155.2 CF en su apartado b) según el cual queda excluida la representación legal en aquellos “actes que, de conformitat amb les lleis i segons l’edat i la capacitat natural, pugui fer el fill o filla per si mateix”.

Se ha interpretado que según este artículo el menor podrá actuar cuando una ley permita realizar determinado acto a partir de determinada edad siempre que se tenga realmente madurez y cuando una ley permita realizar determinado acto si se tiene suficiente autogobierno<sup>157</sup>. Cabe afirmar, sin embargo, que el menor podrá actuar siempre que tenga madurez suficiente para realizar

---

<sup>156</sup> Así se pronunciaba el CONSELL DELS IL·LUSTRES COL·LEGIS D’ADVOCATS DE CATALUNYA; *Informe sobre el projecte del Codi de Família* que afirmaba que el precepto “S’ha de redactar d’una altra manera doncs els pares són precisament les persones legitimades per exercitar, com a representants legals dels fills, les accions de defensa dels drets de la personalitat dels fills”.

<sup>157</sup> ROCA TRÍAS, Encarna; *Institucions de Dret Civil de Catalunya*, vol. II, Valencia, 1998, pág. 40.

determinado acto de conformidad con la ley, es decir, cuando la ley no exija tener determinada edad para realizar el acto en cuestión. Si nada prevé la ley, habrá que estar al grado de capacidad natural del menor y cuando exista previsión legal deberá estarse a la edad o madurez exigida. Por ello, en relación a los derechos de la personalidad debe entenderse que, excluida como regla general la representación legal, cuando el menor tenga suficiente autogobierno podrá actuar por sí mismo salvo que la ley establezca una limitación de edad.

La Exposición de Motivos de la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor afirma que en la ley se “introduce la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos y que las “limitaciones que pudieran derivarse del hecho evolutivo deben interpretarse de forma restrictiva” para afirmar en su art. 2 *in fine*: “Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva”. Por ello, debe entenderse que, salvo que la ley otra cosa establezca, el criterio de actuación del menor en el ámbito de los derechos de la personalidad será el de la madurez.

Por otra parte, en los antecedentes legislativos del CF se afirmaba que era preciso “regular l’atribució de la capacitat d’obrar a la persona menor de divuit anys (...) des de la perspectiva que la persona menor pot realitzar actes jurídics per ella mateixa en funció de la capacitat natural, de l’edat i de la naturalesa dels actes en el sentit de si són considerats beneficiosos per al menor”<sup>158</sup>.

La doctrina catalana también ha entendido que el menor podrá ejercer por sí mismo sus derechos de la personalidad cuando tenga suficiente madurez para ello<sup>159</sup>, a salvo las excepciones legales.

En conclusión, el menor podrá actuar como regla general cuando tenga suficiente capacidad natural pero ello deberá interpretarse siempre a la luz de las

---

<sup>158</sup> Así se afirma en el dictamen de JOU I MIRABENT, L.-MIRAMBELL ABANCÓ, A.; *Op. Cit.*, pág. 101-102. De ahí que se propusiera una redacción de las situaciones en las que se exceptiona la representación legal sustancialmente igual a la que finalmente se promulgó en el CF.

<sup>159</sup> ROCA TRIAS, E.; *Institucions...*, Vol. II, pág. 39 y MIRALLES GONZÁLEZ, Isabel; *Comentaris al Codi de Família, a la llei d’unions estables de parella i a la llei de situacions convencionals d’ajuda mútua* (EGEA FERNÁNDEZ, J.-FERRER I RIBA, J.), Madrid, 2000, pág. 717.

previsiones legales que pueden negar la posibilidad de realizar determinado acto durante la minoría, pueden exigir una determinada edad o pueden aludir al criterio de la madurez. En el ámbito de los derechos de la personalidad el CF no dice de forma expresa cuándo podrán ser ejercidos por el menor por lo que de conformidad con la regla antedicha debe entenderse que podrá actuar cuando tenga capacidad natural salvo que la ley prohíba el ejercicio de un determinado acto relativo a los derechos de la personalidad durante la minoría o exija haber alcanzado una determinada edad dentro de ella.

#### **4. ACTUACIÓN DE LOS PADRES CUANDO NO HAY SUFICIENTE MADUREZ POR PARTE DEL HIJO MENOR DE EDAD: LA REPRESENTACIÓN LEGAL COMO EXCEPCIÓN.**

El art. 162 CC dice que los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados pero se exceptúan de dicha representación “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”. La cuestión que aquí se pretende dilucidar es si, cuando no existe madurez suficiente por parte del menor, entra a jugar sin excepción la figura de la representación legal o, por el contrario, ésta queda siempre excluida en el ámbito de los derechos de la personalidad.

Por una parte, cierto sector doctrinal, minoritario, sostiene que, cuando no existe suficiente madurez, no se aplica la excepción del art. 162.2 1º y, por tanto, la representación legal opera en toda su amplitud<sup>160</sup>. En cambio, otro sector doctrinal defiende que no debe aplicarse aquí la figura de la representación sino el deber de velar por los hijos de los padres o simplemente, la patria potestad globalmente considerada<sup>161</sup>.

---

<sup>160</sup> SANCHO REBULLIDA, F.A. en LACRUZ BERDEJO, J.L.; *Derecho de familia*, Tomo IV, Vol. 2º, Barcelona, 1989, pág. 256, URIBE SORRIBES, Antonio; “La representación de los hijos”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXV, pág. 262 y LÁZARO GONZÁLEZ, I.; *Op. Cit.*, pág. 164.

<sup>161</sup> DíEZ-PICAZO, L.; *La representación en el derecho privado*, Madrid, 1979, pág. 286 donde afirma que “En el ámbito o esfera de los derechos de la personalidad, parece que en ningún caso pueden el padre o la madre que ejercen la patria potestad operar sin consentimiento del hijo y que en esta esfera su función es la de puro complemento de capacidad. Esta función es indudablemente distinta del genuino poder de representación legal”, ALBALADEJO, Manuel; “La

En el ámbito legal, el art. 162 CC interpretado a contrario hace pensar que sí opera la representación legal cuando no hay suficiente madurez puesto que, si se excluye la representación legal cuando el menor de acuerdo con las leyes y con su grado de madurez puede actuar por sí mismo, parecería que la representación no se excluye cuando no estamos ante esta situación. La misma conclusión resultaría del art. 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 que dice que los menores que tengan suficiente madurez deberán prestar por sí mismos el consentimiento a las intromisiones en su derecho y de no ser así “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” el cual podrá en su caso oponerse. Por su parte el art. 4 de la ley catalana 7/1997, de 18 de junio de asociaciones, pese a admitir la posibilidad de que un menor de edad sea miembro de una asociación, añade que la actuación “en els actes jurídics per als quals no tingui capacitat d’obrar i l’exercici del dret de vot dels socis i sòcies menors d’edat han d’ésser regulats en els estatuts, i, en qualsevol cas, s’ha de fer mitjançant llurs representants legals”.

Por el contrario, el art. 155.2 CF exceptúa expresamente la representación legal del ámbito de los derechos de la personalidad y dice “S’exceptuen de la representació legal atribuïda al pare i a la mare: a) Els actes relatius als drets de la personalitat, llevat que les lleis que els regulin ho disposin altrament”. De ello parece deducirse que, salvo que una ley la prevea de forma excepcional, la representación queda excluida en el ámbito de los derechos de la personalidad exista o no madurez suficiente del menor de edad.

---

representación”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1958, Tomo XII, Fascículo I, pág. 776 donde afirma que “la actuación de los representantes legales, en este campo, se realiza no como representantes legales, sino como titulares de una potestad, que ejercitan en nombre propio (ya que les compete), pero en interés del sometido a ella”, DÍEZ-PICAZO, Luis-GULLÓN BALLESTEROS, Antonio; *Sistema de derecho civil*, vol. IV, Madrid, 1998, pág. 295 y CASTÁN VÁZQUEZ, José María; “Artículo 162” en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo III, Vol. 2, Madrid, 1982, pág. 184-185, TORTORICI PASTOR, C.; *Op. Cit.*, pág.84-85 y DELGADO ECHEVARRÍA, J. en LACRUZ BERDEJO, J.L.; *Op.Cit.*, vol. I., pág. 111-113 y RIVERO HERNÁNDEZ, F.; *Elementos de derecho civil*, I-2, Madrid, 2000, pág. 129. En la doctrina italiana, STANZIONE, P.; *Capacità e minore età...*, pág. 302-303.

Antes de llegar a una conclusión definitiva se debe tener presente que es preciso hacer una interpretación restrictiva de la intervención de los padres en el ámbito de los derechos de la personalidad<sup>162</sup>. Es decir, se prefiere su no intervención y sólo cuando sea imprescindible se actuará. Y es que, mientras en el ámbito patrimonial la representación de los padres es una garantía de protección del menor, en el ámbito de la personalidad su actuación indiscriminada puede llegar a ser un ataque a su dignidad y a su personalidad<sup>163</sup>. Por ello, la actuación de los padres en el ámbito de los derechos de la personalidad del hijo, con independencia de cómo califiquemos ésta actividad, debe realizarse siempre en beneficio de aquél, en su interés, pero también conforme a su personalidad.

Parece conveniente realizar una aproximación a la figura de la representación en general y a la representación legal en particular<sup>164</sup> para determinar si ésta es posible o no en el ámbito de los derechos de la personalidad del menor. No es irrelevante decidir si estamos ante una representación legal o ante una actuación de la institución de la patria potestad pues en el primer caso los padres podrían actuar en todos los casos en que pudiera hacerlo el menor de edad si fuera capaz mientras que en el segundo sólo podría actuarse para defender y para formar al menor como persona pero nunca en ejercicio de un derecho de la personalidad<sup>165</sup>. Además cuando cabe la representación legal, se

---

<sup>162</sup> Esta interpretación restrictiva de la actuación de la representación legal ya es reclamada con carácter general por DÍEZ-PICAZO, A.; *La representación...*, pág. 289.

<sup>163</sup> DÍEZ-PICAZO, A.; *La representación...*, cit., pág. 68 dice que "la representación legal se articula para habilitar un mecanismo de defensa y de protección de los intereses de los incapacitados y los ausentes" por lo que, creemos, debe utilizarse o no en función de si con su actuación se consigue o no tal defensa y protección. Hace referencia a la función protectora de la representación VENTOSO, A.; *Op. Cit.*, pág. 65.

<sup>164</sup> En efecto, pese a las evidentes diferencias entre la representación voluntaria y la legal, es mayoritaria la doctrina que afirma que estamos ante una misma figura puesto que en ambas hay un mismo hilo conductor que provoca la interacción de una y otra normativa y puesto que existe una gran dificultad en construir una figura jurídica autónoma que englobe lo que se conoce como representación legal. Así entre otros, DÍEZ-PICAZO, A.; *La representación...*, cit., pág. 51, VENTOSO, Alfonso; *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, Madrid, 1989, págs. 63 y ss. y BADENAS CARPIO, Juan Manuel; *Apoderamiento y representación voluntaria*, Pamplona, 1998, págs. 27-34.

<sup>165</sup> No creemos, sin embargo, que la diferencia sea que, en caso de ejercerse la patria potestad, los padres actúan limitados por el respeto a la personalidad del hijo y el beneficio del mismo y en el caso de ejercerse la representación legal no existen tales límites como defiende DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús; "La edad" en LACRUZ BERDEJO, José Luis; *Parte General*, 1-2, pág. 130. Por el contrario, parece que en la medida en que la representación legal es una función

puede optar entre actuar y no hacerlos mientras que en relación a la patria potestad la actuación de los padres no es una opción sino un deber.

En primer lugar, es unánime entre la doctrina la afirmación de que en la representación legal hay una absoluta sustitución del representado por parte del representante de tal manera que es éste quien actúa y no la persona representada<sup>166</sup>. Ello permite diferenciar los supuestos de representación legal de los supuestos de complemento de capacidad o interposición de auctoritas<sup>167</sup>. Por tanto, la representación legal se da cuando se produce una plena “sustitución del representado por el representante y, además, cuando el representado no puede tener en el acto ninguna intervención”<sup>168</sup>.

La idea de la sustitución plena del representado sin que éste pueda intervenir presenta un problema en orden a aceptar que la representación legal sea posible en el ámbito de los derechos de la personalidad. En efecto, el art. 154.2 CC afirma que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos y “de acuerdo con su personalidad” para añadir en su punto 2º que si “los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten” y ello con mayor motivo, si cabe, puesto que estamos hablando de derechos de la personalidad que afectan directamente a la dignidad de la persona. También el art. 133.1 CF dice que la patria potestad se ejercerá en

---

incardinada dentro de la institución de la potestad de los padres, también debe estar sometida a los límites que se recogen en el art. 154 CC.

<sup>166</sup> DÍEZ-PICAZO, A.; *La representación...*, cit., pág. 289 afirma que la “representación legal estricta se da cuando se produce plena, total y completa sustitución del representado por el representante y, además, cuando el representado no puede tener en el acto ninguna intervención”, DELGADO ECHEVERRÍA, J.; “La edad” en LACRUZ BERDEJO, J.L.; *Op. Cit.*, I-2, pág. 121-122 dice que “con efectos para la esfera jurídica de los menores actúan sus padres (o su tutor) como representantes legales, por su propia iniciativa y criterio y sin estar sujetos a las instrucciones o deseos del menor, aunque, si tuviera suficiente juicio (...) deberán oírle antes de adoptar cualquier decisión”, BADENAS CARPIO, J.M.; *Op. Cit.*, pág. 28-29 quien entiende que esa sustitución se da en un sentido volitivo, pues la voluntad del sujeto representado queda totalmente sustituida por la del representante y en un sentido relacional porque la existencia de la representación se da por disposición legal y no por la voluntad del representado y DÍEZ-PICAZO, L.-GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Sistema...*, vol. I, pág. 589. En la doctrina italiana, MOSCO, L.; *Op. Cit.*, pág. 21.

<sup>167</sup> DÍEZ-PICAZO, A.; *La representación...*, cit., pág. 289.

<sup>168</sup> DÍEZ-PICAZO, A.; *La representación...*, cit., pág. 289. También sostienen la no intervención del representado en la representación legal VENTOSO, A.; *Op. Cit.*, pág. 65-66 y MOSCO, L.; *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1963, pág. 21.



beneficio del hijo y en desarrollo de su personalidad y en el párrafo segundo del mismo precepto se afirma que deberá darse audiencia al hijo mayor de doce años y al que no alcance esta edad si tiene madurez suficiente en relación a los temas que le afecten directamente. Por otra parte, en el art. 162.2 CC se dice que cuando un acto implique una actuación personal del menor, éste deberá prestar su consentimiento si tiene suficiente madurez para ello y en igual sentido el art. 156 CF.

En el ámbito de los derechos de la personalidad el representante no puede sustituir la voluntad del representado sino todo lo contrario puesto que su actuación deberá venir plenamente condicionada por la voluntad del representado expresada directa o indirectamente de lo cual se deduce que el menor sí realiza una intervención aunque ésta sea, si se quiere, indirecta. En efecto, si el menor tiene madurez suficiente para actuar por sí mismo estaremos en un caso de capacidad natural que ahora no es objeto de análisis. Si el menor no tiene capacidad suficiente para ejercer su derecho por sí mismo, la actuación de los padres no puede sustituir sin más a la del hijo sino que precisamente ésta deberá venir subordinada a la personalidad de aquél que se expresará de forma directa por el hijo si tiene madurez suficiente para expresarse en estos términos o indirectamente si estamos ante un menor de muy corta edad pues el ordenamiento exige que el menor sea oído (arts. 9 ley orgánica 1/1996 y el art. 133.2 CF).

El derecho a la imagen nos proporciona una ejemplificación muy clara al respecto. En concreto, los padres que llevan a su hijo a grabar un anuncio televisivo deben tener unas mínimas garantías de que el menor quiere hacerlo, si es suficientemente maduro como para expresarlo por sí mismo de forma directa o, como mínimo, si no tiene edad suficiente para expresar esta voluntad, deben existir unos mínimos indicios de que ello no violenta su personalidad en la medida en que no se siente incómodo en la grabación<sup>169</sup>.

---

<sup>169</sup> Piénsese que el ser humano se expresa por otros medios de comunicación además del lenguaje y ello se acentúa en los menores de muy corta edad (lloros, enfados, ...).

En otros casos, es difícil averiguar la voluntad indirecta del menor. Así sucedería en menores de muy corta edad en relación a la pertenencia a una determinada asociación. Y ello plantea la duda de si los padres en tanto que representantes legales podrían hacerlos socios de las mismas.

En definitiva, ello nos lleva a plantearnos si realmente estamos ante un supuesto de representación legal pues, si, como queda expuesto, en el ámbito de los derechos de la personalidad es precisa la intervención, directa o indirecta, del menor para que los padres puedan actuar, no se da en esta esfera una correspondencia con el concepto de representación legal. Por ello, cabe concluir que, o bien no estamos ante un caso de representación legal, o bien se trata de una representación especial pues la actuación de los padres en el ámbito de la personalidad de los hijos menores de edad debe someterse a unos límites, a saber: el beneficio del menor, su personalidad y el deber de audiencia.

Por otra parte, la calificación de la actuación de los padres en el ámbito de la personalidad del hijo menor de edad como representación legal presenta un segundo problema. En efecto, la representación consiste en el ejercicio de un derecho ajeno<sup>170</sup> y, sin embargo, los derechos de la personalidad, en la medida en que son inherentes a la persona<sup>171</sup> y se califican como derechos subjetivos<sup>172</sup>, sólo pueden ser ejercidos por su titular.

---

<sup>170</sup> Así, RIVERO HERNÁNDEZ, F.; “La voluntad negocial y la representación”..., cit., pág. 284.

<sup>171</sup> La doctrina, aunque con matices, es pacífica en este tema. Así, DELGADO ECHEVARRÍA, J. en LACRUZ BERDEJO, J.L.; *Op.Cit.*, vol. I-2, pág. 62, DÍEZ-PICAZO, L.-GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Sistema...*, vol. I, pág. 339 y HUALDE SÁNCHEZ, José Javier; “Los derechos de la personalidad en PUIG FERRIOL, L.-GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.-GIL RODRÍGUEZ, J.-HUALDE SÁNCHEZ, J.J.; *Manual de Derecho Civil*, Vol. I, pág. 334 y GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>o</sup> del Carmen; “El derecho subjetivo”, en PUIG FERRIOL, L.-GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.-GIL RODRÍGUEZ, J.-HUALDE SÁNCHEZ, J.J.; *Manual de Derecho Civil*, Vol. I, pág. 425. La doctrina del Tribunal Constitucional también se ha manifestado en este sentido. Así, en la STC de 15 de junio de 1981.

<sup>172</sup> Existen básicamente tres tesis acerca de la naturaleza de los derechos de la personalidad. En primer lugar, aquélla que considera que existe un derecho general a la personalidad y que los llamados derechos de la personalidad no son más que la puesta en ejercicio de la unidad de la persona. Los derechos de la personalidad serían proyecciones de la personalidad pues todos ellos arrancan de una misma e indivisa razón inspiradora. Esta tesis procede de Alemania pero entre nuestra doctrina es defendida por LÓPEZ JACOISTE, J.J.; “Una aproximación tónica a los derechos de la personalidad”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1986, pág. 1075-1085. Como observa DELGADO ECHEVARRÍA, J. en LACRUZ BERDEJO, J.L.; *Op.Cit.*, vol. I., pág. 44 esta tesis presenta la ventaja de que se puede obtener una protección directa de la personalidad en

En el Derecho anglosajón la teoría del poder parte de la idea de que la ostentación de un derecho depende de la existencia de capacidad suficiente para tomar decisiones de forma racional y coherente por lo que sólo cuando se tiene capacidad legal hablaremos de la existencia de derechos. Esta teoría ha recibido críticas en la medida en que su aplicación lleva en última instancia a negar que el menor de edad tenga derechos<sup>173</sup>.

De ahí que en el derecho anglosajón haya tenido gran predicamento la teoría del interés del Profesor Rudolf von Jhering<sup>174</sup> aplicada en el ámbito del

---

cualquiera de sus aspectos sin tener que crear derechos nuevos a medida que vayan apareciendo nuevos aspectos vulnerables de la misma. Una segunda tesis entiende que los derechos de la personalidad no son tales derechos sino que son meros bienes inmateriales merecedores de especial protección jurídica. Principal defensor de esta tesis fue DE CASTRO Y BRAVO, F.; "Los llamados derechos de la personalidad", en *Anuario de Derecho Civil*, 1959, pág. 1260-1264 pero también ROGEL VIDE, C.; *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Bolonia, 1985, págs. 41-42. Finalmente una última tesis, que actualmente es la mayoritaria, entiende que la personalidad es una cualidad de la persona mientras que los derechos de la personalidad son manifestaciones de la misma que se configuran como auténticos derechos subjetivos. Así, CASTÁN TOBEÑAS, J.; "Los derechos de la personalidad", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1952, Tomo XXIV, nº 192, pág. 14-21 HUALDE SÁNCHEZ, J.J.; *Op. Cit.*, Vol. I, pág. 333, DÍEZ-PICAZO, L.-GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Sistema...*, vol. I, pág. 420 y DELGADO ECHEVARRÍA, J. en LACRUZ BERDEJO, J.L.; *Op. Cit.*, vol. I., pág.45-47. En la doctrina francesa DABIN, Jean; *El derecho subjetivo* (traducido por Francisco Javier Osset), Madrid, 1955, pág. 210-219. Respecto de esta última teoría se han apuntado dos críticas. En primer lugar, se ha dicho que, de considerar los derechos de la personalidad como derechos subjetivos, no se podría diferenciar el sujeto del objeto pues ambos se confundirían. Pero ello no es así pues, mientras que el sujeto del derecho es el hombre como individuo, el objeto es aquella fórmula mental que alude a una determinada situación humana deseable para la persona como tal. Así, CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L.H.; *Op.Cit.*, pág. 1258. La segunda de las críticas formulada, la falta de regulación legal de los derechos de la personalidad y de su tutela, está hoy superada. Los derechos de la personalidad se reconocen hoy en la Constitución española de 1978 con rango de derechos fundamentales. Y aunque no se definen en lugar alguno en varias ocasiones el ordenamiento jurídico habla de los derechos de la personalidad. Así el art. 162 CC hace referencia a los derechos de la personalidad cuando establece que éstos podrán ser ejercidos por el menor de acuerdo con las leyes y su madurez de juicio. Y también la Exposición de Motivos de la ley orgánica 1/1982 de 5 de mayo. En relación a la tutela judicial no sólo disponemos, en la vía civil, de los arts 1092 y 1902 sino de las medidas de tutela previstas constitucionalmente para los derechos fundamentales. En realidad, como se verá, nosotros mantenemos una tesis intermedia entre la segunda y la tercera. En efecto, se defiende aquí que los derechos de la personalidad deben calificarse como derechos subjetivos si bien éstos son sólo una vía de protección de la personalidad considerada como valor superior del ordenamiento y junto a la que existen otras formas de protección de tal valor no incardinadas en la figura del derecho subjetivo.

<sup>173</sup> Ya VON JHERING, Rudolf; "La teoría del interés" en *La dogmática jurídica*, Buenos Aires, 1946, págs. 176-178 puso de manifiesto esta carencia de la teoría del poder y la doctrina inglesa también realiza esta crítica. Así, FORTIN, Jane; *Children's Rights and the Developing Law*, London-Edimburg-Dublin, 1998, pág. 14-15.

<sup>174</sup> VON JHERING, Rudolf; *Op. Cit.*, quien en pág 178 dice que "El sujeto del derecho es aquél al que la ley destina la utilidad del derecho (el destinatario); la misión del derecho no es otra que garantizar esa utilidad" y en pág 181 añade que en la medida en que el derecho se compone de

menor entendiendo que sus derechos existen en la medida en que otras personas, normalmente los padres, tienen una serie de obligaciones dirigidas a proteger sus intereses o lo que aquí se denomina bienes jurídicos de la personalidad<sup>175</sup>. En el Derecho anglosajón se ha utilizado la teoría del interés para superar la dificultad que presenta el hecho de que en tal ordenamiento jurídico sólo exista una capacidad, la llamada *legal capacity*, que se adquiere cuando se considera que se alcanza la plena madurez intelectual y emocional a los dieciocho años. En efecto, según esta teoría el menor no tendría derechos de la personalidad por debajo de esta edad lo cual no sucede si definimos el derecho no en base a la existencia de *legal capacity* sino en base a la existencia de un interés.

Por el contrario, en el Derecho continental este escollo teórico se ha salvado con la elaboración de la dicotomía capacidad jurídica-capacidad de obrar y posteriormente con la idea de la capacidad natural. En efecto, el menor ostenta la titularidad de los derechos aunque sólo puede ejercerlos por sí mismo cuando tenga suficiente madurez para hacerlo, especialmente en el ámbito de la personalidad. Pese a ello es posible que nos sea de utilidad la teoría del interés, no como una forma de atribución del derecho, pues tal circunstancia está superada satisfactoriamente en nuestro ordenamiento a través de la figura de la capacidad jurídica, sino para proteger el interés implícito en el derecho del cual es titular el menor y que no puede proteger en primera persona cuando no tiene suficiente madurez.

---

un elemento sustantivo, la utilidad, y de un elemento formal, la acción, "los derechos son intereses jurídicamente protegidos".

<sup>175</sup> Así, FORTIN, Jane; *Op. Cit.*, pág. 14-15 donde sostiene que la persona ostenta un derecho cuando "his interests are protected in certain ways by the imposition of (legal or moral) normative constraint on the acts and activities of other people with respect to the object of one's interest. Children like adults have interest wich require protecting in such a way and the use of this model avoids denying them moral rights until they have acquired the capacity to reach reasoned decisions", CAMPBELL, Tom D.; "The rights and wrongs of the minor: as a person, as a child, as a juvenile, as future adult", en ALSTON, P-PARKER, S-SEYMOUR, J.; *Childrens, Rights and the Law*, Oxford, 1992, pág. 9-11 quien diferencia entre *intrinsic rights* e *instrumental rights* para decir que "it is possible that all positive rights are or should be instrumental ones, or, more particularly, that children should not have positive rights since their interests are protected by giving instrumental positive rights to others", es decir, a través de la idea de interés protegido elabora la existencia jurídica de los derechos del menor. También defiende la teoría del interés McCORMICK, Neil; "Children's rights: a test-case for the theories of rights" en *Legal Rights and Social democracy. Essays in Legal and political Philosophy*, Oxford, 1982, pág. 154 y ss.

Ha quedado expuesto que la dicotomía capacidad jurídica-capacidad de obrar no puede mantenerse sin más en el ámbito de la personalidad pues la titularidad del derecho es una falacia si no se tiene la posibilidad de ejercerlo. De ahí que el art. 162 CC y el 155 CF establezcan la posibilidad de que el menor de edad actúe por sí mismo en el ámbito de sus derechos fundamentales cuando tenga suficiente madurez. Ahora bien, queda sin resolver qué ocurre cuando el menor no tiene suficiente madurez pues ostentará la titularidad de los derechos pero no podrá ejercerlos. Pues bien, en este caso puede ser de gran ayuda la teoría del interés en el sentido de que permitirá que los padres intervengan en el ámbito de la personalidad del hijo en aras a la protección del interés del menor.

A este efecto puede resultar de utilidad la doctrina del Tribunal Constitucional relativa a la figura del interés legítimo. En efecto, hay que tener presente que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo están entendiendo que personas distintas del titular de los derechos pueden ejercer o defender estos derechos en base a la existencia de un interés legítimo<sup>176</sup>. La doctrina, por su parte, ha entendido también que es posible que personas sobre las que no se produce un ataque directo puedan reclamar su reparación en base a la existencia de un interés legítimo en la protección de un determinado bien<sup>177</sup>.

Sin embargo, del estudio doctrinal del concepto de interés legítimo se ha dicho que “todo interés individual o social tutelado por el Derecho indirectamente, con ocasión de la protección del interés general, y no configurado como derecho

---

<sup>176</sup> Así, la STC 214/1991 de 11 de noviembre admite la existencia de un honor de persona individual dañado por manifestaciones vejatorias contra la raza judía, el TS ha admitido que se defiende el derecho al honor de personas jurídicas (STS 28 febrero 1990, 3 abril 1991) y la ley (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 que hace referencia al honor familiar y los arts 15 y 16 de la ley de propiedad intelectual) y la jurisprudencia (231/1988 de 2 de diciembre, 197/1991 de 17 de octubre, STS de 17 de mayo de 1975, de 26 febrero 1972, 23 marzo 1987, 23 febrero 1989, 11 octubre 1990, 18 mayo 1994 y 27 enero 1998) entienden que están legitimados para defender el derecho al honor a la intimidad y a la propia imagen personas diferentes de las que han sido dañadas directamente. Ver sobre este tema el exhaustivo análisis de GARCÍA PÉREZ, Carmen; *Titulares de los bienes de la personalidad: legitimación para defenderlos. Especial referencia a la Ley orgánica 1/1982*, Valencia 2001, págs. 49-128.

<sup>177</sup> GARCÍA PÉREZ, C.; *Op. Cit.*, pág. 90.

subjetivo, puede calificarse como interés legítimo<sup>178</sup> y que se dará un interés legítimo allí donde, a diferencia de lo que sucede con el derecho subjetivo, la satisfacción del mismo dependa de la actuación de un tercero y no del titular de tal interés<sup>179</sup>.

Ello plantea un problema pues, en el caso que nos ocupa, ¿de qué interés estamos hablando? ¿del de los padres en proteger la personalidad del hijo o bien del de los hijos a que aquélla sea protegida? Es claro que existe un interés del menor en la protección de su personalidad como valor constitucional unitariamente contemplado de tal manera que, cuando no puede defenderlo por sí mismo a través de la figura del derecho subjetivo, esa protección se realice mediante la actuación de otra persona. Pero no es menos cierto que los padres tienen un interés legítimo en la protección de la personalidad y la dignidad del hijo. En este caso la protección de la personalidad se realiza mediante la actuación de personas diferentes a la que ostenta los derechos de la personalidad en base a la existencia de un interés legítimo en la actuación en tal sentido. De esta forma, los bienes jurídicos de la personalidad quedarían protegidos a través de la actuación de las personas que tienen un interés legítimo en la protección de tales bienes.

Hay que tener presente que el interés legítimo en ocasiones se concreta en el ámbito de una relación subjetiva en la cual existen dos intereses contrapuestos en situación de complementariedad de tal manera que la satisfacción de uno, que en este caso es el interés del menor, depende de la actuación del otro, la intervención de los padres en base a la existencia de un

---

<sup>178</sup> GÓMEZ-FERRER MORANT, R.; "Derecho a la tutela judicial y posición jurídica peculiar de los poderes públicos", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1982, nº 33, pág. 189.

<sup>179</sup> BIGLIAZZI GERI, L.; *Op. Cit.*, pág. 77 y MIELE, Giovanni; "Potere, diritto soggettivo e interesse", en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1944, vol. XLII, Parte Prima, pág. 120-123 quien afirma que es posible que "la tutela di un interesse si abbia per il mero fatto che l'ordinamento giuridico disciplini la modalità di un potere giuridico altrui o l'uso di un diritto altrui o fissi le condizioni in virtù delle quali ad altri può intendersi conferito un potere o un diritto soggettivo; allora il titolare di quell'interesse si trova in una situazione di vantaggio atta a procurargliene il soddisfacimento, non già perchè le norme giuridiche questa posizione creino in modo diretto e autonomo, in particolare imponendo ad altri un obbligo correlativo, bensì perchè un potere o un diritto altrui deve essere esercitato secondo date modalità o perchè sono stabilite le condizioni per il conferimento ad altri di un potere o di un diritto soggettivo" y añade que cuando "della disciplina del potere (...) alcuno ritrae un vantaggio, si dice appunto che egli è titolare di un interesse legittimo".

interés legítimo<sup>180</sup>. La relación jurídica en la que se enmarca esta situación es la relación paterno-filial o la llamada patria potestad donde el interés del menor se concretaría en la protección de sus bienes jurídicos de la personalidad a través del ejercicio de un interés legítimo de los padres en la defensa de la personalidad de los hijos menores de edad. En otras palabras, el interés del hijo sería la tutela de los que aquí se ha denominado bienes jurídicos de la personalidad. Interés legítimo sería la necesidad jurídicamente atendible que los padres y la Administración Pública tienen en la protección de determinados bienes jurídicos ajenos. La protección de este interés legítimo parte de la existencia de un interés público en la salvaguarda de los bienes jurídicos de la personalidad del menor.

La potestad es un poder jurídico que no puede utilizarse arbitrariamente sino sólo en aras al cumplimiento de determinadas finalidades en interés o beneficio ajeno y cuando ese interés lo requiera<sup>181</sup>. Por ello, los padres tienen la potestad, es decir, el deber de actuar de conformidad con la personalidad del hijo. Así lo establece el art. 154 CC y el art. 133.1 CF pero también el art. 39.3 CE cuando exige que los padres presten “ayuda de todo tipo” a los hijos menores de edad. Fruto de la patria potestad existe un deber y un interés legítimo en la defensa de la personalidad del hijo menor de edad en base a la función social que están llamados a cumplir los padres. Por ello, se dice que la patria potestad es un derecho-función.

El derecho subjetivo cumple secundariamente una función social en la medida en que representa la conciliación del interés individual y del interés general como parte integrante del derecho<sup>182</sup>. En cambio, en el derecho-función,

---

<sup>180</sup> Pone de manifiesto esta circunstancia BIGLIAZZI GERI, L.; *Op. Cit.*, pág. 79-80 donde afirma que “in virtù della particolare relazione, in cui i due interessi si trovano, il soddisfacimento dell’interesse di quest’ultimo non potrà realizzarsi (...) che attraverso il soddisfacimento anche dell’interesse, che rappresenta il presupposto dell’interesse legítimo”.

<sup>181</sup> DELGADO ECHEVARRÍA, J. en LACRUZ BERDEJO, J.L.; *Op.Cit.*, vol. I-3, pág. 75.

<sup>182</sup> El derecho subjetivo respecto del que más se ha estudiado la importancia de la función social es el derecho de propiedad. La función social se incorpora al contenido mismo del derecho de propiedad de tal manera que el interés individual y el general son parte integrante del derecho pues la tutela de intereses individuales tiene su frontera en el cumplimiento de la función social, es decir, en la persecución del interés general. Así, COCA PAYERAS, Miguel; *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Bolonia, 1988, pág. 276 y ss, LACRUZ BERDEJO, J.L.; *Op.Cit.*, vol. III-1, 1990, pág. 307 y Díez-PICAZO, L.-GULLÓN BALLESTEROS, A.;

la función social conforma el contenido esencial del derecho puesto que comporta que el interés individual sólo pueda consistir en la voluntad de conseguir ese interés general. De ahí que el derecho-función está definido desde el primer momento y por entero, en su objeto y en su fin por la función social<sup>183</sup>. En efecto, aquí el interés individual no es egoísta sino que consiste en la protección de otra persona, el menor.

El fin de la patria potestad es la consecución de la personalidad y la dignidad del menor de edad. En efecto, el interés general implícito en la idea de función social de la patria potestad no es más que la consecución del interés del menor, es decir, de los valores dignidad y personalidad<sup>184</sup> y los bienes jurídicos derivados de éstas. Cuando éstos no puedan ser ejercitados por el menor mismo a través de la figura del derecho subjetivo, la tutela se canalizará a través del interés legítimo inherente a la patria potestad en la medida en que ésta comporta el cumplimiento de la función social de salvaguardar los bienes jurídicos de la personalidad de los hijos menores.

En primer lugar, el art. 10.1 CE protege la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad. En buena medida tal protección se consigue a través de la figura jurídica del derecho subjetivo pero, cuando ello no es así porque el titular de los mismos no puede actuar, como sucede en el caso aquí estudiado, el ordenamiento jurídico debe proporcionar medios alternativos de tutela pues la dignidad y la personalidad del individuo son valores superiores del ordenamiento jurídico que deben protegerse unitariamente. De ahí que para el caso concreto de los menores el art. 39.2 CE afirme que los “poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos” debiendo entenderse aquí el adjetivo integral como equivalente a una protección desde todas las perspectivas necesarias para que la protección de los hijos sea efectiva y global.

---

*Sistema...*, vol. III, pág. 164. El Tribunal Constitucional por su parte, ha dicho en la STC 37/1987 que la función social debe ser “entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del mismo” y más adelante habla de “la definitiva incorporación del interés general o colectivo junto al puro interés individual del titular en la propia definición de cada derecho de propiedad, o si se prefiere, en la delimitación concreta de su contenido”.

<sup>183</sup> DABIN, Jean; *Op. Cit.*, pág. 277.

<sup>184</sup> ROCA TRÍAS, Encarna; *Familia y cambio social*, cit., págs. 216-220 identifica interés del menor y garantía de los derechos fundamentales.



De esta forma, la protección de la personalidad como valor se convierte en una cuestión de interés general que se realizará a través de la configuración de la patria potestad como un derecho-función.

Ahora bien, llegados a este punto, podemos afirmar que la intervención de los padres en el ámbito de la personalidad del hijo menor de edad para garantizar la defensa de la misma está legitimada en base a que ostentan la titularidad de la patria potestad. En efecto, una actividad dirigida a la defensa y garantía de aquellos valores está plenamente justificada y su aceptación no presenta obstáculo alguno. Ahora bien, ¿está también justificada la intervención de los titulares de la patria potestad cuando su actuación representa no ya una defensa sino un auténtico ejercicio? Nadie niega la legitimación de los padres para iniciar acción de defensa contra cualquier acto que vulnere los derechos de sus hijos menores pero debe estudiarse si también están legitimados para decidir acerca de su derecho a la imagen, su derecho de asociación,...

Como se ha dicho *ut supra* existen una serie de preceptos legales que parecen legitimar a los padres a actuar representativamente en el ejercicio de determinados derechos de la personalidad de sus hijos menores de edad. En ellos se legitima a los padres para realizar actos relativos al ejercicio de los derechos de la personalidad de los hijos menores de edad.

Así sucede con el art. 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 que dice que, cuando los menores no tengan suficiente capacidad para hacerlo, los padres, a quien la ley llama representantes legales, prestarán consentimiento para la realización de intromisiones en el derecho del menor. Sin embargo, el hecho de que la ley hable de representantes legales, aunque es un dato a tener en cuenta, no debe llevarnos necesariamente a afirmar que los padres que, efectivamente son los representantes legales del menor, actúan en este caso como tales representantes. El art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor establece que incluso si consta el consentimiento de los representantes legales podrá considerarse ilegítima cualquier intromisión contraria a los intereses o a la honra o reputación del menor.

El art. 4.2 de la ley de asociaciones catalanas establece que en relación a asociaciones que no tengan carácter juvenil o infantil serán los representantes legales quienes voten y realicen actos para los que el menor no tiene capacidad. A título de hipótesis solamente puede apuntarse que quizás este precepto legal debe interpretarse literalmente sólo en relación a aquellos actos que tengan un contenido patrimonial pero no respecto de los demás se trate o no de asociaciones juveniles o infantiles. Quizás esa deba ser la interpretación de la calificación como no juveniles de las asociaciones en las que deben intervenir los representantes legales. De hecho la ley permite tal intervención en relación a actos respecto de los que el menor no tenga capacidad de obrar y respecto del voto con lo cual no es descabellado pensar que se trata de un voto respecto de actos en los que el menor no tiene capacidad de obrar, probablemente patrimoniales.

Finalmente, el art. 155 del Codi de Família dice que la representación legal se exceptúa del ámbito de los derechos de la personalidad salvo en aquellos casos en que la ley lo permita. Ello, con independencia de que finalmente lleguemos o no a esta conclusión, tampoco impide negar que en el ámbito de los derechos de la personalidad la representación legal está prohibida pues la expresión “llevat que les lleis que els regulin ho disposin altrament” puede ser derivada de una cuestión de estrategia política para evitar un recurso de inconstitucionalidad de la ley.

Ahora bien, si la función social de la patria potestad es la persecución del interés del menor y, por tanto, la realización del valor personalidad y los bienes jurídicos derivados de ella, hay que añadir que esa protección se consigue desde dos vías. En primer lugar, la defensa de las intromisiones ilegítimas en sus derechos de la personalidad, es decir, una reacción contra posibles agresiones externas del valor jurídicamente protegible. En segundo lugar, la garantía de que el menor va a conseguir una madurez suficiente para ejercitar por sí mismo los derechos fundamentales y, por tanto, la necesidad de que los padres lleven a cabo una actividad no de mera defensa sino de formación del menor en la autonomía de tal suerte que los padres no deben actuar sólo cuando el valor

personalidad sea agredido sino también cada vez que lo consideren adecuado para la educación en la autonomía subjetiva del menor<sup>185</sup>.

De esta forma la intervención de los padres se justifica en base a la existencia de un interés general o interés público en la protección y garantía de los valores constitucionales personalidad y dignidad y de los bienes jurídicos derivados de ellas, no ya de una forma directa, como sucede cuando la protección se realiza a través de la figura del derecho subjetivo por el propio sujeto titular, sino de forma indirecta a través de la figura del interés legítimo mediante la institución de la patria potestad<sup>186</sup>. La protección de los bienes jurídicos de la personalidad parte de la formación del menor de manera que en el futuro sea capaz de ejercer por sí mismo tales derechos. Los padres deberán educar al menor para que adquiera independencia, autonomía y responsabilidad, en definitiva, con el fin de que el menor se convierta en un adulto capaz y libre.

Por tanto, en estos dos casos la actuación paterna se incardina en la institución de la patria potestad en la medida en que cumple la función de tutelar el bien jurídico existente detrás de los derechos subjetivos de la personalidad, a saber los valores dignidad y personalidad. Ahora bien, llegados a este punto no puede dejar de hacerse referencia al hecho de que determinados preceptos legales permiten a los padres, no ya defender los derechos fundamentales de los hijos, no ya garantizar la formación como persona de aquéllos sino que permiten también que sean los propios padres quienes ejerzan los derechos fundamentales del menor. Así sucede claramente en la ley oránica 1/82 de 5 de mayo del honor, la intimidad y la propia imagen.

---

<sup>185</sup> En la sentencia del tribunale minorile di Bologna de 26.10.1973 que comentan BOCCACCIO, Simoneta-DOGLIOTTI, Massimo; "L'interesse del minore", en *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1988-II, pág. 166 y ss. se dice que se debe "educare non in termini precettivi, e abilitanti, ma educare per fare l'uomo capace di opzioni libere e coscienti, per conquistare nella cultura il mezzo della libertà".

<sup>186</sup> Cobra así sentido la definición del interés legítimo que hace GÓMEZ-FERRER MORANT, R.; *Op. Cit.*, pág. 189 cuando afirma que "todo interés individual o social tutelado por el Derecho indirectamente, con ocasión de la protección del interés general, y no configurado como derecho subjetivo, puede calificarse como interés legítimo".

En relación a este tema y con independencia de las consideraciones que a este respecto se hagan en el capítulo correspondiente a este derecho, hay que hacer aquí algunas aclaraciones. En primer lugar, la figura de la representación legal debe ser utilizada de una forma restringida en el ámbito de los derechos de la personalidad de tal manera que sólo será admitida cuando la ley expresamente autorice a ello. Así lo afirma expresamente el art. 155.2 CF cuando dice que se excluye la representación legal de los padres en los actos relativos a los derechos de la personalidad “llevat que les lleis que els regulin ho disposin altrament”.

En segundo lugar, será necesario que los actos de ejercicio del derecho en cuestión no sean socialmente considerados como una intromisión ilegítima, es decir, sea una actuación conforme a los usos sociales. Así, deberá interpretarse la llamada a los usos sociales del art. 2.1 de la ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo de protección civil del honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. De lo contrario, no se comprenderían determinados actos como poner pendientes a las menores recién nacidas, el bautismo,...

Además, debe considerarse parcialmente modificado el tradicional significado que la doctrina atribuía a la representación legal en la medida en que, al menos en lo relativo a la personalidad, la actuación paterna viene condicionada y limitada por la opinión y los sentimientos directa o indirectamente expresados por el menor de tal manera que la representación legal no puede implicar una sustitución absoluta del representado. Así se desprende del art. 154 CC y del 133 CF que establecen que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio del hijo y de acuerdo con su personalidad.

Finalmente, la representación legal, cuando ésta sea posible en el ámbito de los derechos de la personalidad, vendrá condicionada por la existencia de un control por parte del Juez y del Ministerio Fiscal. Así el art. 3.1 de la ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo de protección civil del honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen establece que, cuando el menor no tenga madurez suficiente para prestarlo por sí mismo, serán los padres quienes presten el consentimiento en el ámbito de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen del menor pero ello deberá comunicarse al Ministerio Fiscal para que éste

se asegure del efectivo respeto a los bienes jurídicos del menor debiendo intervenir el Juez cuando el Ministerio Fiscal considere que se vulneran. Además también existe un control *a posteriori* del ejercicio de la representación legal en el ámbito de los derechos de la personalidad pues el art. 4 de la ley orgánica 1/1996 establece que el Ministerio Fiscal deberá intervenir cuando exista una intromisión en el honor, la imagen o la intimidad del menor contraria a su interés incluso cuando exista consentimiento del menor o de sus representantes legales.

Por ello, entendemos que el hecho de aceptar la representación legal de forma excepcional en el ámbito de los derechos de la personalidad, no significa que en su ejercicio los padres estén exentos de actuar en beneficio del menor y conforme a su personalidad como se ha sostenido<sup>187</sup>, sino que en la medida en que la representación legal forma parte de la patria potestad también estará sometida a los límites que se recogen en el art. 154.2 CC y 133.1 CF.

## **5. LA DEFENSA JUDICIAL DE LOS BIENES JURÍDICOS DE LA PERSONALIDAD DEL MENOR.**

### **5.1. Legitimación de los menores de edad.**

La legitimación *ad processum* equivale a la capacidad procesal o capacidad que es necesario tener para ser sujeto de una relación procesal, sin la cual no se puede entrar en el conocimiento del fondo del asunto mientras que la legitimación *ad causam* consiste en la adecuación normativa entre la posición jurídica que se atribuye al sujeto y el objeto de la demanda en términos que justifican *a priori* el conocimiento de la cuestión de fondo<sup>188</sup>.

El art. 7.1 LEC dice que sólo podrán comparecer en juicio los que estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles en una clara referencia a la capacidad de obrar. Añade el art. 7.2 LEC que las personas físicas que no se hallen en el caso del apartado anterior, es decir, que no tengan capacidad procesal, habrán de comparecer mediante la representación o con asistencia, autorización, habilitación

---

<sup>187</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús; "La edad" en LACRUZ BERDEJO, José Luis; *Parte General*, I-2, pág. 130.

<sup>188</sup> NAVARRO HERNÁN, Manuel; *Partes, legitimación y litisconsorcio en el proceso civil. Estudio jurisprudencial práctico*, Madrid, 1998, págs. 94-96.

o defensor exigidos por la ley. Por último, el art. 8 LEC afirma que, cuando, no teniéndose capacidad procesal, no exista representación se nombrará un defensor judicial que asumirá su representación y defensa. En su defecto, actuará el Ministerio Fiscal. Es decir, cuando no exista capacidad procesal, como sucede en el caso del menor de edad, no existe legitimación *ad processum* y, por ello, será precisa la actuación del representante legal del menor en defensa de sus bienes jurídicos de la personalidad.

No debe confundirse la legitimación *ad processum* con la legitimación *ad causam*<sup>189</sup>. La legitimación procesal del menor se canaliza a través de la actuación de sus representantes legales pues él no tiene capacidad de obrar procesal. Pero en este supuesto la parte no es el representante sino el representado pues aquél no hace valer ninguna pretensión propia sino que actúa simplemente en nombre y por cuenta del representado. La representación supone una mera función instrumental o formal respecto a la cuestión debatida mientras que la legitimación *ad causam* atañe a la situación jurídica sustancial por la que la ley habilita directamente a un sujeto para ejercer una concreta pretensión de tutela jurisdiccional por lo que ello afecta al fondo del litigio<sup>190</sup>. Por ello, el menor no tiene legitimación *ad processum* porque no tiene capacidad de obrar para litigar pero tendrá la legitimación *ad causam* que le permite ser parte en el proceso en la medida en que se trata de defender uno de sus derechos de la personalidad.

Quien asume a legitimación *ad processum* en la defensa de los derechos de la personalidad del menor son sus representantes legales puesto que el menor no tiene capacidad procesal. Esta capacidad por ser una aptitud general, inherente al sujeto, es una cualidad que se tiene o no al margen de un proceso determinado mientras que la legitimación *ad causam*, por el contrario, es una condición predicada de un concreto proceso<sup>191</sup>. El menor no tiene legitimación *ad*

---

<sup>189</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo; "A vueltas con la legitimación: en busca de una construcción estable", en *Revista del Poder Judicial*, 1999, nº 54, págs. 230-232.

<sup>190</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P.; *Op. Cit.*, pág. 231.

<sup>191</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P.; *Op. Cit.*, pág. 224.

*processum* por lo que ésta se ostenta por sus representantes legales pero sí tiene legitimación *ad causam* en la defensa de un derecho de la personalidad que haya sido vulnerado y por ello la parte procesal es el menor aunque la acción se ejerza por sus representantes legales.

Debe analizarse, sin embargo, la legitimación *ad causam* pues es posible que otras personas al margen del menor de edad estén legitimadas para intervenir en la acción judicial de defensa de los bienes jurídicos de la personalidad del menor.

## **5.2. Legitimación de los titulares de la patria potestad.**

Como ha quedado expuesto el menor no tiene legitimación *ad processum* y por ello serán sus representantes legales quienes asuman la defensa judicial de sus derechos de la personalidad. Sin embargo, los padres son meros representantes de la auténtica parte procesal que es el menor o, en otras palabras, los padres no son parte en el proceso desde esta perspectiva. Ahora bien, existen argumentos para sostener que los titulares de la patria potestad intervienen también en primera persona en el proceso y no como meros representantes del menor.

El art. 39 CE establece el deber de los poderes públicos de velar por los menores de edad pero también dice en su apartado 3 que los padres deben prestar “asistencia de todo tipo” a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio cuando sean menores y en los casos que legalmente proceda. Existe un interés de la sociedad en que los bienes jurídicos de la personalidad del menor de edad queden protegidos y por ello los poderes públicos tienen la obligación de velar por ellos. Pero los padres también han asumido, conforme al citado precepto constitucional, la función social de velar por la protección de los bienes jurídicos del menor. De ahí que la intervención de los progenitores se justifique en atención al interés público existente en la tutela de estos bienes jurídicos.

En efecto, los derechos fundamentales además de ser “derechos subjetivos, derechos de los individuos, en cuanto garantizan un *status* jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia ...”, al propio tiempo son elementos

esenciales de un *ordenamiento objetivo* de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como un marco de convivencia humana justa y pacífica<sup>192</sup>, es decir, cumplen también “la finalidad de garantizar el orden público y, en concreto, la observancia de la Constitución”<sup>193</sup>. En otras palabras, los derechos de la personalidad en tanto que derechos fundamentales garantizan los bienes jurídicos de la personalidad del individuo pero también tutelan el interés de la sociedad de que tales valores sean respetados en su seno.

Por otra parte, los padres también pueden alegar, no un derecho subjetivo, pero sí un interés legítimo en la defensa de los bienes jurídicos de la personalidad de sus hijos menores como justificación de su intervención como parte en el proceso. No es preciso defender un derecho subjetivo propio para tener legitimación *ad causam*; basta la existencia de un interés legítimo. Es cierto que el art. 12.1 de la ley 62/1978 de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, hoy derogado<sup>194</sup>, atribuía legitimación activa a “las personas naturales o jurídicas titulares de un derecho subjetivo que les faculta para obtener la declaración judicial pretendida” y que el titular de los derechos fundamentales es el menor. Pero el precepto que determina la legitimación activa en el recurso de amparo es el art. 162.1 b) CE que afirma que “están legitimados para interponer recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo”. Así lo ha afirmado el Tribunal Constitucional en el caso Violeta Friedman donde añade: “A diferencia, pues, de otros ordenamientos, tales como el alemán o el propio recurso individual ante la Comisión Europea de Derechos Humanos (art. 25.1 a) CEDH), nuestra Ley fundamental no otorga legitimación activa exclusivamente a la “víctima” o titular del derecho fundamental infringido, sino a toda persona que invoque un “interés legítimo” por lo que “a los efectos del recurso de amparo, no siempre es necesario que los ulteriores efectos materiales de la cosa juzgada hayan de repercutir en la esfera patrimonial del recurrente, siendo suficiente que, con respecto al derecho fundamental infringido,

---

<sup>192</sup> STC 24/1981, de 14 de julio.

<sup>193</sup> STC 83/1982, de 22 de diciembre.

<sup>194</sup> Disposición derogatoria única 2.3º de la LEC.



el demandante se encuentre en una determinada situación jurídico-material que le autorice a solicitar su tutela de este Tribunal”<sup>195</sup>.

Ésta es exactamente la situación de los progenitores pues, en efecto, no son titulares de los derechos de la personalidad vulnerados pero no puede negarse que, en base a la relación paterno-filial que les une con los titulares de los derechos que han sido vulnerados y en base a la función social que tienen asignada, ostentan un interés legítimo en que los bienes jurídicos de la personalidad del menor queden protegidos.

### **5.3. Legitimación del Ministerio Fiscal.**

El art. 124.1 CE establece que el Ministerio Fiscal tiene como misión, entre otras cuestiones, “promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición del interesado”. El art. 3 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal afirma que el Ministerio Fiscal debe interponer e intervenir en todos los procesos de amparo y defender a los incapaces, menores y, en general, a todas las personas desvalidas. El art. 162.1 b) CE permite interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional a toda persona que invoque un interés legítimo, así como al Defensor del Pueblo y al Ministerio Fiscal.

De todo ello se deduce que el Ministerio Fiscal está facultado, como regla general, para intervenir, no sólo en procedimientos ordinarios de amparo sino también ante el Tribunal Constitucional. Por ello, cuando los bienes jurídicos de la personalidad del menor se vean vulnerados, el Ministerio Fiscal deberá intervenir e iniciar un procedimiento judicial en su defensa. El fundamento de tal afirmación reside en el interés público en proteger los bienes jurídicos de la personalidad<sup>196</sup>. En efecto, si en un sistema democrático interesa a la víctima pero también a la sociedad la defensa de la legalidad constitucional tuteladora de los derechos fundamentales, es claro que el Ministerio Fiscal debe estar legitimado para

---

<sup>195</sup> STC 214/1991, de 11 de noviembre.

<sup>196</sup> CORDÓN MORENO, Faustino; “De nuevo sobre la legitimación”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1997, nº 1, pág. 65 y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P.; *Op. Cit.*, pág. 275.

promover acciones de defensa de los bienes e intereses constitucionales contenidos en las normas que recogen los derechos fundamentales<sup>197</sup>.

El art. 10.1 CE consagra la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y los derechos inherentes al individuo como fundamento del orden político y la paz social por lo que es evidente que a la sociedad le interesa la defensa de los bienes jurídicos de la personalidad que derivan de tales valores superiores. De ahí que el art. 162.1 b) CE habilite al Ministerio Fiscal para interponer recurso de amparo como parte principal para proteger, más que los derechos subjetivos de la personalidad, los bienes e intereses protegidos por las normas que contemplan los derechos fundamentales<sup>198</sup>.

Tras la vulneración de los derechos fundamentales existe una vulneración de los bienes jurídicos que a través del derecho subjetivo se están intentando proteger. Por ello, a la sociedad le interesa que, cuando a través del derecho subjetivo no se consiga la tutela de los bienes jurídicos, el Ministerio Fiscal intervenga para garantizar su protección.

Ello plantea dos cuestiones, a saber: si el Ministerio Fiscal puede intervenir cuando el titular del derecho fundamental ha renunciado a ello y si interviene como representante del interés personal de quien ha visto cercenado su derecho o si interviene en nombre de la sociedad en defensa del interés público.

Respecto de la primera cuestión, en el ámbito civil parece que el Ministerio Fiscal no podría intervenir si el titular del derecho hubiera renunciado a intervenir puesto que estos derechos pueden renunciarse puntualmente salvo en relación a la defensa de los derechos de los menores, incapaces y personas desvalidas<sup>199</sup>. El Ministerio Fiscal tiene asignada, en la medida en que éstos no pueden ejercerlos, la defensa de los derechos de los menores por lo que deberá intervenir

---

<sup>197</sup> GIMENO SENDRA, Vicente; "La legitimación del Ministerio Fiscal en los procesos de amparo", en *La ley*, 1999, Tomo 3, pág. 1870.

<sup>198</sup> GIMENO SENDRA, V.; *Op. Cit.*, pág. 1870.

<sup>199</sup> GIMENO SENDRA, V.; *Op. Cit.*, pág. 1874.

de oficio cuando tenga conocimiento de la vulneración de los bienes jurídicos de la personalidad del menor.

En relación a si estamos ante una legitimación propia en defensa del interés público y al margen del interés particular del individuo cuyo derecho se ha vulnerado<sup>200</sup> o ante una actuación como representante de los intereses de quienes no pueden velar por sí mismos por ellos<sup>201</sup>, hay que hacer las siguientes observaciones:

En efecto, es cierto que la actuación del Ministerio Fiscal defiende el interés público al proteger bienes e intereses valiosos para una sociedad democrática pero no lo es menos que, al defender esos intereses generales en un caso concreto, se está protegiendo el interés particular del menor que ha visto vulnerado su derecho porque su bien jurídico de la personalidad queda tutelado por esta vía. El Ministerio Fiscal no ejerce el derecho subjetivo del menor pero en el ejercicio del interés general tutela el bien jurídico de la personalidad que se esconde bajo el derecho subjetivo del menor.

## **6. INTERÉS DEL MENOR.**

### **6.1. Origen del concepto.**

Existen numerosos preceptos de Derecho internacional y nacional que recogen el principio de protección del menor en la medida en que éste se considera sujeto merecedor de especial cuidado y atención por los ordenamientos jurídicos<sup>202</sup>.

---

<sup>200</sup> Así CORDÓN MORENO, F.; *Op. Cit.*, pág. 66.

<sup>201</sup> Así, MONTERO AROCA, Juan; *La legitimación en el proceso civil (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, Madrid, 1994, pág. 72.

<sup>202</sup> Por ello, se establecen en los Tratados internacionales principios protectores que funcionan como mínimos. El art. 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 dice que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio tienen derecho a igual protección”. El art. 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 establece que: “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia, como de la sociedad y del Estado”.

El art. 4 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989 dice que “los Estados partes adoptarán todas la medidas administrativas, legislativas y de otra índole

El concepto de familia ha sufrido una gran evolución en la última mitad de siglo. Hoy ya no se admite el concepto de familia con entidad propia, con personalidad jurídica<sup>203</sup> y derecho a la intimidad que implicaba la imposibilidad de cualquier injerencia estatal sobre lo que ocurría en su seno. Actualmente, la familia se protege en nuestro ordenamiento en la medida en que es un medio para la consecución del libre desarrollo de la personalidad de cada uno de sus miembros en tanto que individuos. La finalidad o función de la familia es permitir el libre desarrollo de la personalidad<sup>204</sup>.

---

para dar efectividad a los derechos reconocidos en esta convención” sin perjuicio de que, como dice el art. 5, los Estados deban respetar “los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, los de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad según establezca la costumbre local, de los tutores legales u otras personas encargadas legalmente del niño...”.

Ahora bien, el precepto que mayor influencia ha tenido en las legislaciones nacionales es el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 que dice que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Cualquier decisión que afecte al menor de edad deberá venir presidida por el principio inspirador del interés superior del menor.

Este principio general ha venido siendo plasmado en las legislaciones nacionales de forma muy evidente. Así en el art. 154 CC se dice que la “patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad,...” y el art. 2.1 de la LO 1/1996 establece el interés del menor como principio inspirador al decir: “En la aplicación de esta ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro que pudiera concurrir”. El art. 92.2 CC prevé el interés del menor en el caso de crisis matrimoniales entre los progenitores, el art. 176.1 CC habla del interés del adoptado y el 172.4 CC del interés del menor en los supuestos de acogimiento.

Lo mismo sucede en Derecho catalán donde el art. 133.1 CF prevé que la “potestad constitueix una funció inexcusable i, en el marc de l’interès general de la família, s’exerceix personalment sempre en benefici dels fills per a facilitar el ple desenvolupament de la seva personalitat”. Muy explícitamente el art. 3 LAPIA dice que “l’interès superior de l’infant i de l’adolescent ha d’esser el principi inspirador de les actuacions públiques i de les decisions i actuacions que els concerneixen adoptades i dutes a terme pels pares, els tutors o els guardadors, per les institucions públiques o privades encarregades de protegir-los o per l’autoritat judicial o administrativa. Per a la determinació d’aquest interès hom ha de tenir en compte, en particular, els anhels i les opinions dels infants i els adolescents i també llur individualitat dins el marc familiar i social”. También se hace referencia al interés del menor en los arts. 82.2 y 119 CF.

También la doctrina del Tribunal Constitucional ha hecho referencia al interés del menor. Así en el Auto del TC 127/1986 de 12 de febrero de 1986.

<sup>203</sup> “La familia no tiene en sí misma ningún reconocimiento legal superior o distinto del que se atribuye a los miembros que forman parte de ella. Cuando el art. 39.1 CE asume su protección, lo hace como valor instrumental, no como valor a se dice ROCA TRÍAS, E.; *Familia y cambio social...*, cit., pág. 70-71. En igual sentido, PERLINGIERI, P.; “I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare”, en *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, pág. 44.

<sup>204</sup> ROCA TRÍAS, E.; *Familia y cambio social...*, pág. 71 y la misma autora en *Contestación al discurso...*, cit., pág. 979. En la doctrina italiana STANZIONE, P.; “Diritti fondamentali dei minori e

La familia no es un fin en sí misma sino un instrumento para proteger el verdadero objeto de protección: los miembros de la familia individualmente considerados en la medida en que son personas. Deja de concebirse como una institución jerárquica y autoritaria y se convierte en una asociación en la que cada uno de sus miembros cobra importancia individualmente considerado y en el seno de la cual se fomenta el libre y pleno ejercicio de los derechos fundamentales. La familia cobra valor en la medida en que lo tienen los individuos que la forman.

El grupo familiar debe acoger a cada uno de sus miembros para protegerlo de ataques externos que perjudiquen el desarrollo de su personalidad y a su vez debe dejarle suficiente libertad para que la persona desarrolle su individualidad dentro del grupo. El concepto de pluralidad también encuentra su función dentro del grupo familiar. Ningún miembro de la familia debe sacrificar su personalidad, su individualidad, sus particularidades en aras de un pretendido interés familiar decidido unilateralmente por el *pater familias*. El concepto de familia constitucionalmente protegido es aquél en el cual cada uno de sus miembros puede ejercer libremente sus derechos fundamentales y su personalidad. Es un modelo de familia en el que no sólo existe una protección del individuo sino que también se fomenta el libre desarrollo de la personalidad<sup>205</sup>. La Constitución no

---

potestà dei genitori”, en *Op. Cit.*, pág. 100 donde afirma que “la famiglia non può diventare una “zona franca” nella quale si verifici il misconoscimento della vigenza dei principi fondamentali. La famiglia (...) ha come funzione qualificante quella di sviluppare la personalità dei membri che la compongono; non può diventare, pertanto, strumento di opresione dell’individualità del singolo...”, y del mismo autor *Interesse del minore...*, pág. 1759, RUSCELLO, F.; *Op. Cit.*, pág. 22, IANNI, P.; *Op. Cit.*, pág. 866, BESSONE, M.; *Op. Cit.*, pág. 348, PERLINGIERI, P.; “I diritti del singolo quale appartenente al grupo familiare”, en *Op. Cit.*, pág. 44. En este sentido existe jurisprudencia en Italia como la sentencia del Tribunale minorile de Bologna de 26 octubre 1973 (*Giurisprudenza italiana*, 1974, I, 2, pág. 246-249) y la del Tribunal de Casación de 8 de noviembre de 1974, nº 3420 (*Foro italiano*, 1975, I, pág. 1713-1722) que dice que “i diritti della persona debbono ricevere tutela anche nelle comunità intermedie in cui l’uomo vive, ivi compresa la famiglia (...), il cui riconoscimento opera nella misura in cui si presenta come strumento affettivamente capace di promozione della personalità”.

<sup>205</sup> Por ello se ha dicho que en la Constitución española se establece un sistema mixto de protección del individuo en la medida en que esta función se garantiza en parte por el Estado mediante sistemas de sanidad pública, educación pública,... y en parte por un grupo privado como es la familia mediante alimentos entre parientes... Así, ROCA TRIAS, E.; “Familia, familias y derecho de la familia”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1990, pág. 1056-1057 y *Familia y cambio social...*, cit., pág. 68 donde afirma que “el sistema de protección a la familia que se deduce de las disposiciones constitucionales es un *sistema mixto*, porque se distribuyen las funciones entre el Estado y los particulares; no se trata de que el Estado actúe cuando los particulares no lo hagan o lo hagan mal (sistema liberal) sino que se actúa conjuntamente distribuyendo las áreas de actividad”. Hay que entender que cuando la autora habla de protección a la familia entiende familia como instrumento de

protege a la familia como grupo social sino en tanto que ésta comporta que sus miembros consigan satisfacer sus necesidades personales dentro del grupo<sup>206</sup>. De hecho, la ley catalana 18/2003, de 4 de julio, de apoyo a las familias, aunque hace constante referencia a la familia como grupo, dice en su art. 1 que la familia debe entenderse “como eje vertebrador de las relaciones humanas y jurídicas entre sus miembros y como ámbito de transferencias compensatorias intergeneracionales e intrageneracionales” y en su art. 3 que las “políticas familiares deben basarse en los derechos fundamentales y en el fomento de la igualdad y del bienestar de los miembros de las familias”.

Por ello cuando existe un conflicto entre el interés familiar y el de un miembro de la familia prima el del individuo por encima del interés del grupo siempre y cuando estemos ante un interés digno de protección. Solamente cuando el interés del individuo no tenga valor constitucional primará el interés familiar sobre el individual porque la familia es un concepto constitucionalmente protegido en la medida en que su finalidad es garantizar los derechos fundamentales de sus miembros y la promoción de los valores superiores del ordenamiento consagrados en el art. 10.1 CE<sup>207</sup>. Nos alejamos, por tanto, del modelo tradicional de familia patriarcal donde cada uno de los miembros estaba al servicio del grupo<sup>208</sup>

Por este motivo el funcionamiento de la familia no puede dejarse al libre albedrío de sus miembros como ocurre en los ordenamientos jurídicos liberales. Es evidente que dentro del grupo familiar existen miembros que se encuentran en una situación de poder por lo que debe protegerse a los miembros más débiles para garantizar que también éstos van a disfrutar de los derechos fundamentales.

---

protección de los derechos fundamentales de los miembros que la componen y no como familia en sí misma. También aboga por un sistema mixto de protección BORRÁS RODRÍGUEZ, A.; *Op. cit.*, pág. 965.

<sup>206</sup> ROCA TRÍAS, E.; “Constitució i família”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1984, nº2, pág. 295. También así DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, José Luis; “Las relaciones personales en el ámbito de la familia: status del menor”, en *La tutela de los derechos del menor. 1º Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba, 1984, págs. 104-105.

<sup>207</sup> ROCA TRÍAS, E.; *Familia y cambio social...*, cit., pág. 76.

<sup>208</sup> ROCA TRÍAS, E.; “Constitució i família” en *Op. Cit.*, pág. 295.

El miembro más desprotegido dentro de la familia es el menor de edad en la medida en que todavía está desarrollando su capacidad natural. Por ello es necesario que existan una serie de normas imperativas<sup>209</sup> dirigidas a asegurar la protección de estos individuos bien sea mediante una protección activa, el ejercicio de la patria potestad, bien sea mediante una protección pasiva, la abstención de cualquier actividad por parte de los titulares de la patria potestad para permitir la actuación del menor por sí mismo en el ejercicio de sus derechos cuando tenga suficiente madurez de juicio para ello.

Es en este contexto de modificación del status del menor de edad<sup>210</sup> donde aparece el concepto de interés del menor, concepto no exento de críticas entre la doctrina. En efecto, se ha criticado la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor porque, partiendo de este concepto, otorga un excesivo protagonismo al menor que parece tener muchos derechos pero ninguna obligación<sup>211</sup>. Sin embargo, como se va a defender aquí, el mismo concepto de interés del menor es contrario a la idea del menor como protagonista absoluto de

---

<sup>209</sup> Habla de normas imperativas en el derecho de familia ROCA TRÍAS, E.; *Familia y cambio social...*, pág. 69 donde dice que “las normas de Derecho de familia no pueden ser consideradas como normas que afectan el interés exclusivo de los particulares, sino que contienen un fuerte componente público como ponía de relieve en su día la STC 120/1984, de 10 de diciembre” y define el Derecho de familia como “aquel conjunto de normas, en gran parte imperativas, que traducen a la legislación ordinaria los principios constitucionales que afectan a la familia como tal”.

<sup>210</sup> En palabras de RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco; *El interés del menor*, Madrid, 2000, pág. 24 se ha pasado de considerar al menor como persona protegida a considerarlo como persona tendencialmente autónoma.

<sup>211</sup> Es muy gráfica la crítica de DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel; “La reforma del derecho de familia y su comparación con el Derecho de otros países europeos”, en *La Notaría*, 1980, Tomo I, pág. 2 y que el mismo autor transcribe en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo III, Vol. 1º, Madrid, 2000, pág. 72 y que reza como sigue: “No seré yo ciertamente quien se oponga a estas modernas y progresivas orientaciones que responden a una necesidad social incuestionable. Pero quizás no esté de más prevenir contra la exageración. Que los derechos fundamentales del niño deban ser salvaguardados a toda costa no postula que tengamos que hacer del niño poco menos que el eje del universo. Una cosa es que los padres deban respetar la personalidad del hijo y otra muy distinta que se les prive de la autoridad necesaria para evitar que aquélla se desvíe o se tuerza. Entre el temor reverencial a los padres, propio de tiempos pasados, y la tiranía del niño, al que se le deja hacer lo que le viene en gana para que su personalidad no se deforme, pienso que existe un buen término medio. La contrafigura del niño desvalido, por tantos motivos necesitado de amparo, es la del niño cerril, inaguantable siempre y muchas veces pequeño criminal en potencia”. En sentido similar, GULLÓN BALLESTEROS, Antonio; “Sobre la ley 1/1996, de protección jurídica del menor”, en *La Ley*, 1996, D-40, págs. 1 y ss. y ALONSO PÉREZ, Mariano; “La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la ley de enjuiciamiento civil: Luces y sombras”, en *Actualidad Civil*, 1997-1, marg. 17, ref. II, págs. 18-23.

un mundo exento de reglas. Por el contrario, el interés del menor requiere que se eduque al menor en una serie de valores y normas de respeto y educación donde pueda desarrollar libremente su personalidad.

Por otra parte, también se ha criticado por su alto grado de abstracción y vaguedad agravado por las diferencias culturales que pueden condicionar su definición<sup>212</sup>. Sin embargo, es un error creer que no hay unas reglas preferibles a otras o que no puede establecerse un contenido mínimo del concepto de interés del menor<sup>213</sup>. Por ello actualmete el problema no está en admitir o no la existencia del interés del menor sino en averiguar en qué consiste tal interés y cómo puede determinarse<sup>214</sup>.

Ante esa indeterminación, existen dos posibilidades de actuación, a saber: puede crearse un listado de criterios dirigidos a determinar cómo respetar el interés del menor o bien mantener una cláusula general abierta. La primera opción, adoptada en los países anglosajones<sup>215</sup>, se ha criticado por su rigidez puesto que nunca un listado cerrado y taxativo puede ser lo suficientemente exhaustivo para prever todas las situaciones posibles ni adecuarse a la evolución de la sociedad y las nuevas situaciones que de ella pueden surgir<sup>216</sup> y porque esta solución tampoco está exenta de indeterminación<sup>217</sup>.

---

<sup>212</sup> Así RIVERO HERNÁNDEZ, F.; *Op. Cit.*, pág. 96-98, GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Op. Cit.*, pág. 1 y ss. y ALONSO PÉREZ, M.; *Op. Cit.*, pág. 23 y ss. En la doctrina anglosajona BAINHAM, Andrew; *Children: The modern Law*, Bristol, 1998, págs. 34-35 y PARKER, Stephen; "The best interest of the child: Principles and Problems", en ALSTON, Philip; *The best interes of the child*, Oxford, 1994, págs. 26-41.

<sup>213</sup> PARKER, S.; *Op. Cit.*, pág. 40.

<sup>214</sup> STANZIONE, P.; *Capacità e minore età...*, pág. 358.

<sup>215</sup> En concreto, rige en Gran Bretaña la *Children Act* de 1989 que contempla como criterios los deseos y sentimientos del menor atendiendo a su edad y discernimiento, sus necesidades físicas educativas y emocionales, las consecuencias que pueden tener sobre el menor cualquier cambio de situación, su edad, sexo ambiente y cualquiera otra característica que el tribunal considere relevante, perjuicio o riesgo de sufrirlo, capacidad de cada progenitor para satisfacer las necesidades del menor y posibilidades de actuación del tribunal. Sobre el tema BAINHAM, A.; *Op. Cit.*, págs. 66 y ss.

<sup>216</sup> ROCA TRÍAS, E.; *Familia y cambio social*, cit., pág. 218 donde dice que este sistema puede "provocar una rigidez peligrosa, ya que una construcción jurídica que tenga como base la previsión de todas y cada una de las situaciones en que puede encontrarse el menor, es peligrosa, en tanto que puede dejar fuera situaciones impensables en el momento en que se redacte la norma: la rigidez de la normativa sobre principios, frente a la normativa casuística, que admite válvulas de escape cuando la situación no está absolutamente prevista en la lista, hace que para obtener una



La segunda posibilidad, que parece que es la que se ha adoptado en el derecho continental, se ha criticado por su vaguedad y la falta de seguridad jurídica que comporta<sup>218</sup>. Sin embargo, probablemente sea precisamente ésta su gran virtud pues su generalidad permite un alto grado de flexibilidad para adecuar el caso concreto al valor que se protege con este concepto. En efecto, el carácter abierto de la cláusula permite determinar en cada caso aquello que es más beneficioso para el menor pues no siempre una misma medida es adecuada para todos y cada uno de los menores. La oportunidad de una determinada actuación en relación al interés del menor dependerá de sus características personales, del ambiente familiar y social en el que vive, de sus condiciones de madurez,... Acudir al caso concreto para aplicar la cláusula general es aquí la solución para determinar el interés del menor de forma ajustada<sup>219</sup>.

Sin embargo, la flexibilidad de las cláusulas abiertas o conceptos jurídicos indeterminados no debe equipararse a la discrecionalidad pues lo característico

---

mejor protección de los derechos fundamentales de un colectivo débil, me incline por un sistema abierto como el español”.

<sup>217</sup> No está exenta de críticas esta opción entre la propia doctrina anglosajona puesto que BAINHAM, A.; *Op. Cit.*, págs. 36-37 sostiene que de un análisis de la jurisprudencia puede concluirse que la existencia de estos criterios no soluciona por completo la indeterminación del concepto de interés del menor puesto que existe un amplio margen de decisión para los jueces a la hora de primar uno u otro criterio.

<sup>218</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F.; *Op.Cit.*, págs. 58-59.

<sup>219</sup> En la doctrina italiana STANZIONE, P.; *Interesse del minore...*, cit., pág. 1767 donde dice: “L’aprezzamento dell’interesse del minore dev’essere lasciato alla valutazione casistica delle circostanze presenti nell’ipotesi concreta, sì da individuare di volta in volta l’effettiva tensione di sviluppo” y añade que “alla fine, la pretesa definizione in positivo dell’interesse del minore si risolve anch’essa (...) in una clausola generale, l’unica a consentire flessibilità e necessario adattamento ad una personalità in formazione com’è quella del minore. Entre nuestra doctrina, aboga por esta postura ROCA TRÍAS, E.; *Familia y cambio social*, cit., pág. 211 y de la misma autora *Contestación al discurso de ingreso* de BORRÁS RODRÍGUEZ, A.; “El interés del menor como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado” en *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona, 1994, nº4, pág. 975 y, aunque en el ámbito internacional, también defiende el principio de flexibilidad BORRÁS RODRÍGUEZ, A.; *Op. Cit.*, pág. 966 donde afirma que el “problema de la seguridad jurídica, que para algunos prima sobre la necesidad de flexibilización para hacer efectiva la protección de la parte débil, debe ser alejado de la mente. Nos encontramos en un momento en que la flexibilidad entra en todos los terrenos y en el ámbito de la protección de los menores es necesaria para alcanzar su objetivo”. En igual sentido, RIVERO HERNÁNDEZ, F.; *Op.Cit.*, págs. 58 y ss. aunque parece que este autor prefiere hablar de concepto jurídico indeterminado.

de los conceptos jurídicos indeterminados es precisamente que sólo existe una única solución justa en la aplicación del concepto<sup>220</sup>.

En cualquier caso, es cierto que el concepto jurídico indeterminado presenta un ámbito interno o núcleo invariable que forma su contenido esencial y un ámbito de incertidumbre cognoscitiva en su zona periférica. Se trata, por tanto, de averiguar cuál es el núcleo de certeza del interés del menor, es decir, aquel ámbito respecto del cual existe amplio consenso acerca de que se trata de su contenido esencial<sup>221</sup>. Es decir, se debe averiguar cuál es el contenido mínimo del concepto al que no puede renunciarse sin renunciar con ello al concepto mismo de interés del menor.

## 6.2. Concepto.

Se ha afirmado que el contenido esencial del interés del menor consiste básicamente en proteger y garantizar sus derechos fundamentales como persona y fomentar el libre desarrollo de su personalidad<sup>222</sup>. Se proyecta, por tanto, sobre los derechos y valores reconocidos en el art. 10.1 CE, es decir, la dignidad y el

---

<sup>220</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; "La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho Administrativo", en *Revista de Administración Pública*, 1962, nº 38, pág. 172.

<sup>221</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F.; *Op.Cit.*, págs. 61-63.

<sup>222</sup> ROCA TRÍAS, E.; *Familia y cambio social*, cit., págs. 216-220 donde dice que "el concepto de interés del menor no constituye otra cosa que la proyección en las personas menores de edad, del problema de los derechos fundamentales en general" y en "Contestación al discurso...", cit., pág. 977, ALONSO PÉREZ, Mariano; "La situación jurídica del menor en la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Luces y Sombras", en *Actualidad Civil*, 1997-1, marg. 17, ref. II, pág. 24. También RIVERO HERNÁNDEZ, F.; *Op.Cit.*, págs. 108 y ss quien considera que no basta únicamente con proteger los derechos fundamentales sino que además es preciso garantizar la felicidad y el bienestar del menor. Entiendo, sin embargo, que está incluido en la idea de protección de sus derechos fundamentales en la medida en que cualquier situación traumática a la que el menor no pueda enfrentarse deberá ser evitada lo cual no quiere decir que al menor se le deba aislar de cualquier situación difícil pues sólo enfrentándose a ellas en la medida de sus posibilidades conseguirá formarse como persona adulta. NAVAS NAVARRO, Susana; "El bienestar y el interés del menor desde una perspectiva comparada", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, 2003, Tomo I, pág. 693 y 707 define el interés del menor como la voluntad del legislador de garantizar el óptimo desarrollo de su personalidad mediante el ejercicio de sus derechos fundamentales y lo diferencia del bienestar del menor que sería el desarrollo de la personalidad y ejercicio de los derechos fundamentales en sí mismos. En la doctrina extranjera STANZIONE, P.; "Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori" en *Studi di Diritto Civile*, Napoli-Roma, 1986, pág. 105-106 y FORTIN, J.; *Children's Rights and Developing Law*, London-Edimburg-Dublin, 1998, pág. 12. También la LO 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor se refiere a ello en su Exposición de Motivos al decir que el enfoque de la ley "consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos".

libre desarrollo de la personalidad del individuo así como sus derechos fundamentales. En efecto, no hay duda de que el menor de edad tiene la titularidad de los derechos de la personalidad desde el nacimiento sin necesidad de que exista ningún otro requisito. El hombre es persona desde el momento en que nace y desde el nacimiento tiene personalidad, que no es otra cosa que la atribución de la dignidad y los derechos fundamentales que corresponden a la persona por el hecho de serlo<sup>223</sup>.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el menor de edad está en una situación especial por el momento de desarrollo intelectual en el que se encuentra. Por ello, el reconocimiento de los derechos fundamentales que merece todo ciudadano y el deber de los poderes públicos de promover su goce efectivo y de remover los obstáculos que impidan el pleno desarrollo de su personalidad del art. 9.2 CE y la protección y ayuda que deben prestar los padres a los hijos según establece el art. 39 CE cobra aquí especial importancia. La actuación paterna y de las instituciones públicas en su caso, deberán ir dirigidas a que el menor tome conciencia de sí mismo, de los derechos que le corresponden como persona y de cómo utilizarlos, en definitiva, se trata de que el menor madure.

La intervención de los padres en el ámbito de la personalidad del menor se justifica en la medida en que evita perjuicios graves en el menor y en que va dirigida a fomentar el desarrollo de su personalidad y su madurez como persona de tal suerte que llegue a ser una persona adulta responsable e independiente<sup>224</sup>. En efecto, si como se ha expuesto *ut supra*, la intervención de los progenitores en el ámbito de la personalidad del menor de edad sólo se justifica en la medida en que se defiende al menor de las agresiones externas que pueda sufrir en sus

---

<sup>223</sup> ROCA TRÍAS, E.; *Contestación al discurso...*, cit., pág. 977 y 984 donde dice que los menores de edad “són titulars dels mateixos drets fonamentals que els adults, perquè aquests drets pertanyen a la persona, independentment de quina sigui la seva edat” y de la misma autora “Comentario al artículo 29 CC” en *Comentario del Código Civil*, I, Madrid, 1991, pág. 224 y *Familia y cambio social...*, cit., pág. 217.

<sup>224</sup> FREEMAN, M.D.A.; “Children’s Rights: a test-case for the theories of rights”, en *Legal Rights and Social Democracy. Essays in Legal Political Philosophy*, Oxford, 1982, pág. 56, EEKELAAR, John; “Importance of thinking that children have rights”, en *Children, Rights and the Law*, Oxford, 1992, pág. 229 y O’NEILL, Onora; “Children’s rights and children’s lives”, en *Children, Rights and the Law*, Oxford, 1992, pág. 38-39 donde afirma que los menores son dependientes de los adultos y que los esfuerzos de éstos deben ir dirigidos a que esta dependencia desaparezca.

derechos y se forma al menor para que sea un adulto autónomo y responsable capaz de defender y ejercer sus propios derechos de la personalidad, hay que decir aquí que ese grado de intervención es posible en la medida en que coincide con la consecución del contenido esencial del interés del menor.

Por todo ello, parece más adecuado decir que el contenido del interés del menor es la salvaguarda de los bienes jurídicos de la personalidad, bien a través de la figura del derecho subjetivo permitiendo que el menor actúe por sí mismo cuando tenga madurez suficiente, bien a través del cumplimiento de la función social inherente en la patria potestad y el respeto al interés legítimo en la protección de la persona del hijo menor de edad.

### **6.3. Criterios para determinar el contenido esencial del interés del menor.**

#### **6.3.1. Los deseos del menor.**

Se suele señalar como un criterio para determinar el interés del menor, es decir, para conseguir la protección y promoción de sus derechos fundamentales, atender a los deseos y opiniones del menor. Este criterio es el recogido en el art. 3 de la LAPIA que dice que para “la determinació d’aquest interès hom ha de tenir en compte, en particular, els anhels i les opinions dels infants i els adolescents i també llur individualitat dins el marc familiar i social”. Sólo teniendo en cuenta la voluntad del menor permitiremos que desarrolle su propia personalidad y se protegerá así su interés<sup>225</sup>. Y ello se confirma por el hecho de que seguidamente el artículo dice que se tendrá en cuenta “llur individualitat dins el marc familiar y social”, es decir, su idiosincrasia como persona, su personalidad. Se hace así una concesión al valor autonomía del menor lo cual no excluye otros criterios de fijación del interés del menor<sup>226</sup>.

---

<sup>225</sup> En contra ROCA TRIAS, E.; *Familia y cambio social...*, cit., pág. 218 donde dice que otros “autores han preferido una identificación sobre la base de la exclusiva voluntad del menor; la aceptación de un sistema de concreción del contenido del principio del interés del menor de esta forma podría inutilizar el propio conjunto de derechos fundamentales, por lo que me parece perjudicial un sistema que deba tener en cuenta los deseos del mismo” como sucede, añade en nota a pie de página, “con el art. 3 de la ley catalana 8/1995, de 27 de julio”.

<sup>226</sup> FERRER RIBA, J.; “Derechos del menor, relaciones familiares y potestades públicas para la protección de la infancia y la adolescencia en Cataluña”, en *Derecho Privado y Constitución*, 1995, nº7, pág. 54-55.

Sin embargo, debe diferenciarse entre menores que tienen suficiente madurez de juicio y menores que no la tienen. Cuando el menor de edad tiene suficiente madurez ejercerá por sí mismo los derechos de la personalidad excluyéndose de este ámbito la actuación de los representantes<sup>227</sup> tal y como establece el art. 162.1 CC y el art. 155.2 CF. En este caso la protección que merece todo menor de edad se consigue de forma pasiva permitiendo que el menor actúe por sí mismo en la medida en que se lo permite el desarrollo de su autogobierno.

Por el contrario, cuando el menor de edad no tiene suficiente capacidad de autogobierno, la protección se ejerce de forma activa mediante el ejercicio de la patria potestad de los padres los cuales deberán respetar los deseos y opiniones del menor en la medida en que éstos son reflejo de su personalidad. Esta voluntad puede ser una voluntad en sentido jurídico, es decir, una voluntad libre y consciente manifestada mediante una declaración de voluntad argumentada y razonada. Pero cuando el menor es de muy corta edad es posible que sus deseos y opiniones se manifiesten de forma diferente a una declaración de voluntad en sentido jurídico y en estos casos también puede tener trascendencia en aras a la protección de su personalidad por parte de los padres<sup>228</sup>. Por tanto, también cuando la corta edad del menor no le permite expresar una opinión de forma argumentada o cuando ni siquiera él mismo tiene conciencia de ella pero ésta es cognoscible para cualquier adulto que observe y escuche al menor, puede tenerse en cuenta sus deseos en la medida en que son manifestación de su personalidad. De esta forma el desarrollo de la personalidad del menor se canaliza a través de la actuación de los padres que actúan como intérpretes de la personalidad del hijo<sup>229</sup>.

---

<sup>227</sup> ROCA TRÍAS, E.; *Familia y cambio social...*, cit., pág. 239-243 y FERRER RIBA, J.; *Op. Cit.*, pág. 50-51.

<sup>228</sup> En contra, RIVERO HERNÁNDEZ, F.; *Op. Cit.*, pág. 99 quien considera que sólo cuando estamos ante una declaración de voluntad en sentido estricto podemos dar valor a la voluntad del menor.

<sup>229</sup> En efecto, los padres a través del ejercicio de la patria potestad deben estar atentos a las inquietudes de los hijos menores de edad de tal manera que si el menor demuestra interés y aptitudes por la música los padres deberán fomentar esa característica de la personalidad del hijo.

Ello no quiere decir, sin embargo, que los padres deban subordinar sistemáticamente su actuación a los deseos del menor puesto que en ocasiones la voluntad, incluso argumentada, del menor es caprichosa y contraria a sus propios derechos de la personalidad. Por ello, el criterio de la opinión del menor no debe ser el único y no siempre debe primar. En efecto, atender a los deseos del menor siempre tiene un límite y es que aquéllos sean contrarios a sus derechos fundamentales y al libre desarrollo de la personalidad.

Quizás por ello, ha tenido gran predicamento entre la doctrina anglosajona la idea de que los padres deben actuar conforme a lo que el menor cuando sea adulto considerará que hubiera sido mejor, es decir, conforme a lo que el menor si tuviere suficiente información y desarrollo intelectual hubiera querido<sup>230</sup>. Sin embargo, esta idea que, como argumento teórico es impecable, es de difícil aplicación en la práctica por lo que parece más adecuado atender a los deseos del menor, ya manifestados de forma expresa o tácita, y con el límite de que sean conformes al libre desarrollo de su personalidad.

Hay quien añade a ello un límite de carácter eminentemente práctico consistente en que el deber de los padres de estar al interés del hijo permitiendo su actuación directa o interpretando su personalidad debe ser proporcional a las posibilidades económicas de la familia<sup>231</sup>.

### 6.3.2. Aprendizaje de determinados valores y normas sociales.

---

<sup>230</sup> FREEMAN, M.D.A.; *The rights and wrongs of childrens*, London Dover, 1983, pág. 57-58 donde habla de un "future-oriented consent" y dice que "The question we should ask ourselves is: what sorts of action or conduct would we wish, as children, to be shielded against on the assumption that we would want to mature to a rationally autonomous adulthood and be capable of deciding on our system of ends as free and rational beings? We would choose principles that would enable children to mature to independent adulthood", EEKELAAR, J.; *Op. Cit.*, pág. 229 y ARCHARD, David; *Children: Rights and Childhood*, London -New York, 1993, pág. 53 que gráficamente dice que los padres "chooses for the child in the person of the adult wich the child is not yet but will eventually be".

<sup>231</sup> Así, STANZIONE, P.; "Interesse del minore e "statuto" dei suoi diritti", en *Op. Cit.*, pág., 1765. Ello quiere decir que si el menor demuestra especiales habilidades para el golf o la dirección cinematográfica y la familia no puede costear esta actividad no vendrá lógicamente obligada a hacerlo. Pero en cualquier caso sí están obligados los padres a considerar alternativas públicas (becas,...) o privadas (patrocinadores,...) que faciliten al menor dicha actividad y a facilitar en la medida de sus posibilidades económicas dichas aptitudes.

Sin duda, el interés del menor tiene una proyección de futuro precisamente por las características de la persona a la cual se refiere, esto es, el proceso de formación y afianzamiento de la propia personalidad en el que se encuentra el menor. En efecto, cualquier consideración del interés del menor pasa por una proyección de futuro en la medida en que está vinculado al libre desarrollo de la personalidad. El principio del interés del menor prevé una actuación en el presente para conseguir unos resultados futuros. Los menores de hoy son los adultos del mañana por lo que al actuar sobre ellos se persigue la construcción de una sociedad futura mejor<sup>232</sup>. Los menores por su personalidad en desarrollo son un lienzo en blanco en el que dibujar la sociedad que queremos por lo que debe procurarse que el desarrollo de su personalidad venga marcado por determinados valores social y jurídicamente relevantes<sup>233</sup>.

Los padres, dada la función social que cumplen como titulares de la patria potestad, deben inculcar a los hijos menores de edad los valores constitucionales tales como la libertad, la dignidad de las personas y los derechos inherentes a las mismas,... En primer lugar, para que el menor tome conciencia de los derechos que ostenta como persona pero sobre todo para que tome conciencia de los derechos de los demás de tal manera que aprenda que en el ejercicio de sus propios derechos debe respetar los derechos de los demás<sup>234</sup>. Se trata de enseñarle que sólo respetando los derechos de los demás serán respetados sus propios derechos. El menor debe aprender que el mundo no gira entorno a él sino que forma parte de un grupo social en el que rigen unas determinadas normas fundamentales a las que se ha llegado fruto de un alto consenso de tal manera

---

<sup>232</sup> DÍEZ-PICAZO, L.; *Familia y derecho*, Madrid, 1984, pág. 175-176 donde afirma que este punto de vista significa “colocar la fe en el futuro -el futuro es de los hijos- y sacrificar a ellos el presente. Los niños son la inocencia y pueden recibir los mensajes benéficos. Se defiende para el futuro y se limita a los hijos la construcción del mundo mejor, utópico y ucrónico, que nosotros no hemos tenido y no hemos sabido o podido construir” y RIVERO HERNÁNDEZ, F.; *Op.Cit.*, pág. 45. En la doctrina italiana, STANZIONE, P.; “Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori”, en *Studi di diritto civile*, Napoli-Roma, 1986, pág. 105 tras reconocer que es tarea ardua determinar qué es el interés del menor, afirma que “l’interesse del minore, a differenza di quello dell’adulto, è tutto proiettato verso il futuro, concorrendo così a caratterizzare la formazione de a comporre le linee di un armonico sviluppo della persona” y el mismo autor en *Capacità e minore età...*, pág. 359. En la doctrina inglesa, EEKELAAR, J.; *Op. Cit.*, pág. 234.

<sup>233</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F.; *Op.Cit.*, pág. 118 y ARCHARD, D.; *Op. Cit.*, pág. 56.

<sup>234</sup> FOX HARDING, Lorraine; *Perspectives in child care policy*, New York, 1997, pág. 138.

que en la medida en que forma parte de esa sociedad debe asumir tales reglas de respeto y convivencia.

En este orden de cosas debe educarse al menor en la existencia paralela de deberes y responsabilidades. Es preciso que el menor crezca conociendo la existencia de una serie de normas a las que tiene que adecuarse autoregulando su conducta para poder alcanzar sus objetivos vitales y relacionarse con éxito con los demás<sup>235</sup>. Sólo si aprende durante la minoría de edad a analizar la situación para alcanzar sus objetivos llegará a ser un adulto responsable y autónomo.

### 6.3.3. Participación y audiencia del menor.

La finalidad del programa constitucional de protección al menor consiste en convertir al menor de edad en un ciudadano cuando alcance la mayoría de edad<sup>236</sup>. La formación del menor de edad debe ir dirigida proporcionar una cultura, una experiencia que aporten gradualmente plena capacidad natural al menor de edad. El interés del menor se identifica con la consecución de su autonomía lo cual excluye cualquier adoctrinamiento o imposición autoritaria<sup>237</sup> pero también un excesiva protección que impida al menor adquirir experiencias positivas o negativas.

Una excesiva protección caería en el paternalismo e impediría que el menor llegara a la edad adulta con capacidad suficiente para enfrentarse a la vida como individuo, para desenvolverse como persona dentro del grupo social<sup>238</sup>. Sería, en definitiva, contraproducente para el objetivo último del derecho del menor: la formación de una persona adulta, responsable y autosuficiente. Por ello, lo que debe conseguir la aplicación práctica de la filosofía protectora no es

---

<sup>235</sup> Esta idea ha sido desarrollada por PURDY, Laura; *In their best interest? The case against equal rights for children*, New York, 1992, págs. 47-50 y 107-113 que habla de "self-control" para referirse a que debe educarse al menor en una serie de normas que le permitan autoregularse para conseguir las propias metas y para relacionarse con éxito con los demás. Hace referencia la autora a una serie de estudios psicológicos que demuestran que el "laissez faire" no tiene buenas consecuencias en la educación del menor.

<sup>236</sup> ROCA TRÍAS, E.; *Constestación al discurso...*, cit., pág. 219.

<sup>237</sup> PERLINGIERI, P.; "Sui rapporti personali nella famiglia", en *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, pág. 23.

<sup>238</sup> Sobre esta idea PERLINGIERI, P.; *Op. Cit.*, pág. 23, IANNI, P.; *Op. Cit.*, pág. 875.



proteger de forma paternalista al menor de edad asegurando sus derechos fundamentales sino que la única protección posible del menor en sede de derechos de la personalidad pasa por conseguir que el menor sea una persona autosuficiente y con pleno autogobierno y los ejerza por sí mismo.

La mejor forma de que el menor llegue a ser un adulto responsable y autónomo es permitir que participe en la toma de decisiones que le afectan directamente y escuchándole<sup>239</sup>. Es beneficioso para el desarrollo del menor como persona que se enfrente a determinadas situaciones y decisiones pues de esta forma, guiado por los adultos aprenderá, cómo encararlas<sup>240</sup>. En este sentido es importante la labor de los adultos que deberán enseñar al menor a analizar la situación y razonar para llegar a conclusiones de tal forma que el día de mañana sea autónomo y autosuficiente para enfrentarse a la propia vida con éxito. Por esto mismo es recomendable que el menor actúe por sí mismo de forma progresiva en pequeñas decisiones que le conciernen incluso cuando corre el peligro de equivocarse porque de los errores también se aprende; el menor tiene derecho a equivocarse<sup>241</sup>.

En cualquier caso la participación y la audiencia al menor debe hacerse de una forma progresiva de tal manera que cuanto mayor sea el grado de madurez del menor, menor deberá ser la intervención de los padres, o dicho en otras palabras, la intervención paterna debe ser inversamente proporcional a la madurez de los hijos<sup>242</sup>.

---

<sup>239</sup> Ha estudiado en profundidad este tema RIVERO HERNÁNDEZ, F.; *Op. Cit.*, págs. 116-141. También señalan la importancia de la participación del menor RUXTON, Sandy; "International human rights students: what are they, and what is their relevance to children's rights?" en CHILDREN IN SCOTLAND; *Children's rights=human rights? An examination of human rights standards and their capacity to promote and defend the rights of children*, Edimburgo, 1998, pág. 6 y EEKELAAR, J.; *Op. Cit.*, págs. 47 y ss.

<sup>240</sup> PARFITT, Gael, "Learning Rights. A fundamental Prerequisite for Protecting Ourselves and others", en JOHN, Mary; *A change against society. The child's rights to protection*, United Kingdom, 1997, págs. 247-254.

<sup>241</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F.; *Op. Cit.*, págs. 232-233.

<sup>242</sup> En la doctrina italiana BOCCACCIO, S.-DOGLIOTTI, M.; *Op. Cit.*, pág. 169-170 donde afirman que "la potestà dei genitori non può essere intesa, oggi, come un complesso di facoltà di cui disporre discrezionalmente, poichè essa deve senza dubbio trovare il suo naturale limite laddove (...) è suscettibile di conliggerne con l'interesse del minore: e sembra inoltre che l'estensione dei poteri ad essa relativi dovrebbe ridursi progressivamente con la crescita e la maturazione della personalità del

## 7. ÁMBITO DE ACTUACIÓN DEL MENOR: LA CAPACIDAD NATURAL.

Tanto la capacidad jurídica como la capacidad de obrar son manifestaciones directas de la personalidad, la primera de forma pura y directa, la segunda de forma gradual en función del autogobierno existente<sup>243</sup>. Por ello, la capacidad de obrar, especialmente en el ámbito de los derechos de la personalidad, vendrá determinada por la existencia o no de madurez suficiente. De ahí, que, conforme a la interpretación que aquí se mantiene del art. 162.2 CC y del art. 155.2 CF, el menor podrá ejercer por sí mismo los derechos de la personalidad siempre que tenga suficiente capacidad natural y la ley no se lo impida<sup>244</sup>. La existencia de autogobierno se da cuando el grado de desarrollo intelectual y emocional del individuo permiten decidir libre, consciente y racionalmente sobre aquellos ámbitos relativos a la dignidad y a la personalidad a través de la figura del derecho subjetivo de la personalidad sin necesidad de acudir a otros mecanismos de tutela.

Eliminada la posibilidad de defender la tesis formalista en el ámbito de la personalidad según se desprende del art. 162 CC y del art. 155 CF debe partirse de una concepción realista de la capacidad donde prima el criterio de la madurez. Llegados a este punto, son posibles dos posturas:

La primera consiste en establecer una edad fija, más o menos flexible, a partir de la cual suele darse la madurez suficiente para ejercer los derechos de la personalidad por uno mismo<sup>245</sup>. Se alega que desvincular la madurez de la edad

---

figlio, per lasciar gradualmente spazio alla sua autonomia e al suo diritto a compiere scelte indipendenti". En la doctrina anglosajona también aparece esta idea en FELDMAN, David; *Civil liberties and human rights in England and Wales*, 1993, pág. 152. Entre nuestra doctrina de forma muy gráfica también ha hecho referencia a esta idea RIVERO HERNÁNDEZ, F.; *Op. Cit.*, págs. 120-123 diciendo que no existe minoría sino "minorías".

<sup>243</sup> GORDILLO CAÑAS, A.; *Op. Cit.*, págs. 56-57.

<sup>244</sup> Sin embargo, la doctrina criticó en su momento el criterio de la madurez por entender que comportaba una excesiva ambigüedad e indeterminación. Así, GONZÁLEZ MORÁN, Luis; "El artículo 162.1 del Código civil y el derecho del menor a la salud", en *La tutela de los derechos del menor. 1º Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba, 1984, pág. 218.

<sup>245</sup> RAMOS CHAPARRO, E.; *La persona y su capacidad civil...*, cit., pág. 378 donde fija la edad en que pueden ejercerse los derechos de la personalidad a los doce años.

cronológica pugnaría con el valor igualdad por lo que las diferencias subjetivas en la madurez no deben recibir relevancia jurídica<sup>246</sup>.

Otra posibilidad, consiste en entender que si bien en otros ámbitos como el patrimonial puede ser útil establecer determinadas edades fijas, en el ámbito de la personalidad, la persona como valor será sólo respetada si caso por caso se analiza la concurrencia o no de madurez<sup>247</sup>. La seguridad no puede primar sobre el respeto riguroso de la personalidad y la dignidad del individuo por lo que no puede permitirse que en supuestos en que haya madurez suficiente se impida el ejercicio del derecho al menor por no haber alcanzado la edad fijada.

Los derechos de la personalidad son manifestación directa de la dignidad por lo que se debe ser especialmente riguroso en la adecuación de la capacidad de obrar a la capacidad natural. Si bien en el ámbito patrimonial la conexión de los derechos con la personalidad existe, es menos directa que en el ámbito de la personalidad y sobre todo, donde no hay capacidad para ejercer por uno mismo los derechos, éstos se ejercen y quedan protegidos los intereses subyacentes en ellos a través de la representación legal. Sin embargo, ya ha quedado expuesto que la representación legal es excepcional en el ámbito de la personalidad por lo que la norma general será que el menor con suficiente madurez y con independencia de su edad podrá ejercer sus derechos de la personalidad y sólo ante la ausencia de madurez se acudiría a otras vías de protección de la dignidad y la personalidad.

Además el argumento de la igualdad no justifica el establecimiento de una edad fija pues el derecho o principio a la igualdad implica dar igual trato a

---

<sup>246</sup> RAMOS CHAPARRO, E.; "Niños y jóvenes en el derecho civil constitucional", en *Derecho Privado y Constitución*, 1995, nº 7, págs. 170 y ss y en especial pág. 173 donde afirma que "semejante destecnicación relativa de las categorías de la capacidad, mediante su desvinculación de la edad cronológica y su atención únicamente al grado de capacidad mental, pugnaría con el valor de la igualdad al traducir y magnificar jurídicamente las delicadas oscilaciones entre la precocidad y el retraso que marcan el desarrollo de los niños, los púberes y los adolescentes. Estas diferencias subjetivas no deben revestir relevancia jurídica atribuida al concepto de autogobierno personal, y en todo caso, pueden recibir un trato especial, cuando resulta necesario a través de los mencionados mecanismos flexibilizadores previstos en el ordenamiento civil".

<sup>247</sup> FORLATI, Laura; "Libertà del minore e famiglia negli atti internazionali sui diritti dell'uomo" en *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Milano, 1980, págs. 34-35.

situaciones iguales pero no existe desigualdad o discriminación cuando dos situaciones diferentes se tratan de forma desigual. No tener en cuenta la madurez sino una edad fija predeterminada puede vulnerar la personalidad del menor que tiene suficiente madurez sin haber alcanzado dicha edad y puede dejar desprotegido al menor que no ha adquirido suficiente autogobierno a pesar de haber cumplido los años exigidos<sup>248</sup>.

Por otra parte, la variedad de actos en que se manifiesta la personalidad hace difícil y desaconsejable establecer una edad fija pues con la misma madurez habrá capacidad para realizar determinados actos pero no otros (no es lo mismo aparecer en un anuncio de televisión, pertenecer a una asociación juvenil o modificar el nombre o los apellidos).

En definitiva, atender a la tesis realista para reivindicar el concepto de capacidad natural para después establecer una edad fija en la que se considera que ésta existe es caer en alguno de los defectos de la tesis formalista con la diferencia en que aquí la edad fija se avanza a una edad más temprana.

Sin embargo, sería aconsejable acordar una franja de edad orientativa sobre la existencia o no de madurez suficiente sin que ello tuviera consecuencias rígidas sino, como se ha dicho, meramente orientativas. Para ello puede ser de utilidad analizar las edades que el ordenamiento exige para realizar determinados actos o estar en determinada situación jurídica. En ocasiones la ley hace referencia al criterio general de la madurez para determinar la posibilidad de actuación o no del menor pero en otros casos, la ley fija una edad concreta.

El art. 7.2 d) de la ley catalana 1/2000 de 29 de diciembre sobre els drets d'informació concernent la salut i l'autonomia del pacient i la documentació clínica dice que en los casos de consentimiento informado para tratamientos e intervenciones médicas, en el caso de menores, "si aquests no són competents, ni intel·lectualment ni emocionalment, per a comprendre l'abast de la intervenció

---

<sup>248</sup> El propio RAMOS CHAPARRO, E.; *La persona y su capacidad civil...*, cit., pág. 378 debe reconocer que el establecimiento de una edad fija, que en el caso de los derechos de la personalidad él fija en los 12 años, "puede rebajarse todavía más por excepción basada en el uso, tratándose de actos de muy escasa entidad jurídica-social y económica".

sobre la pròpia salut, el consentiment l'ha de donar el representant del menor, havent escotat en tot cas, la seva opinió si es major de dotze anys. En la resta de casos, i especialment en casos de menors emancipats i adol.lescents de més de setze anys, el menor ha de donar personalment el seu consentiment” y añade que, sin embargo, “en els supòsits legals d'interrupció de l'embaràs, d'assaigs clínics i de pràctica de tècniques de reproducció humana assistida, al que estableix amb caràcter general la legislació civil sobre majors d'edat i, si s'escau, la normativa específica que hi sigui aplicable”. Igualmente el art. 9.3 c) de la ley 41/2002 dice que 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 tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”.

Por tanto, de los preceptos citados se desprenden tres requisitos. En primer lugar, la edad de doce años a partir de la cual se considera que existe madurez suficiente como para tener una opinión formada sobre el tema con independencia de que la decisión la tome el representante del menor. Por otra parte, se afirma que a los dieciséis años deberá decidir siempre el menor de edad pues se presume a esa edad el autogobierno, sin perjuicio de que, y aquí está el último criterio, antes de los dieciséis años pueda existir madurez suficiente en cuyo caso el menor podría actuar por sí mismo.

En el proyecto de ley orgánica 1/1982 de protección civil del honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen se afirmaba que el incapaz mayor de doce años y el menor con suficiente madurez habían de contribuir junto con sus representantes legales a la prestación del consentimiento y su revocación. No se entiende por qué se establece una edad fija en el caso de los incapaces pues en ellos la falta de capacidad no coincide con falta de desarrollo por lo que parece que más bien el legislador debería estar pensando en los menores de edad que

tuvieran doce años como avala el hecho de que en la versión definitiva se eliminara la referencia a los incapaces. Parece que el legislador pensaba que la madurez del menor podía existir a los doce años de edad. La ventaja de que finalmente se haya recogido el criterio de la madurez es que un menor que no tenga doce años pero tenga capacidad natural podrá decidir por sí mismo.

Además, el art. 156 CF establece que el menor de más de doce años y el de menos si tiene suficiente madurez deberá consentir cualquier acto que implique la realización de una prestación personal.

Por otra parte, el art. 159.2 CC afirma que el Juez, en caso de crisis matrimonial de los padres, deberá oír a los hijos que tuvieran suficiente juicio y en todo caso a los mayores de doce años. Se presume, por tanto, capacidad para emitir opiniones a partir de los doce años sin perjuicio de que aquella pueda darse con anterioridad a esa edad.

También es significativo que el art. 5 de la ley catalana 18/2003, de 4 de julio, de apoyo a las familias diga que “se entiende por niño toda persona menor de doce años y por adolescente toda persona con una edad comprendida entre los doce años y la mayoría de edad establecida por la ley”.

En otro orden de cosas, el ordenamiento jurídico permite al menor emanciparse a partir de los dieciséis años como norma general aunque también es posible la emancipación por matrimonio a los catorce años si se solicita dispensa.

De todo ello se deduce que existe una franja de edad conflictiva que va desde los doce años a los dieciséis en la cual es posible que el menor tenga madurez suficiente para ejercer sus derechos de la personalidad. Sin embargo, deberá estarse al caso concreto para decidir, según la madurez del menor y la relevancia del acto, si es posible que el menor actúe por sí mismo o no. En cambio, parece que, salvo que la ley exija la mayoría de edad, a los dieciséis años se presume la existencia de capacidad natural de tal manera que, de no existir ésta, deberá probarse y, por tanto, destruirse la presunción. Con

anterioridad a los doce años es posible que exista autogobierno del menor pero ello deberá probarse pues en la mayor parte de los casos aquél no se dará.

Por ello, el menor debe poder ejercer sus derechos de la personalidad siempre que tenga suficiente madurez pues lo contrario sería vulnerar su dignidad y su personalidad. Ahora bien, el ejercicio de los derechos por el menor que tenga madurez suficiente no está exento de límites pues en determinados casos el menor no podrá actuar.

El primer límite es la protección de la propia personalidad del menor. Cuando el menor realice determinadas actividades que en sí mismas entrañen un menoscabo de su autogobierno, la posibilidad del menor de actuar por sí mismo quedará eliminada. Estamos pensando en la relación del menor con el mundo de las sectas, en la anorexia, o en determinado uso de las drogas que son situaciones que, por definición, entrañan una disminución o incluso una eliminación de la capacidad de autogobierno por lo que son contrarias al libre desarrollo de la personalidad del menor que es, en definitiva, el objetivo último que se pretende proteger.

No estamos, ante un menoscabo de la personalidad cuando el menor toma una decisión vital o existencial por relevancia que ésta tenga y por muy contraria que sea a la opinión de los padres sino que nos encontramos ante una manifestación más de la propia personalidad del menor con suficiente autogobierno. Nos referimos a situaciones como el abandono de los estudios, la elección de una carrera u otra, independizarse, profesar determinada fe religiosa<sup>249</sup>, mantener determinada relación sentimental<sup>250</sup>,...

En segundo lugar, el ejercicio del derecho por el menor con suficiente capacidad natural no puede suponer la vulneración o menoscabo de otros

---

<sup>249</sup> Así sucede en la sentencia del Tribunale minorile di Genova de 9 de febrero de 1959 recogida por POGGI, Maria Elena; "Patria potestà e autonomia del minore", en *Giurisprudenza italiana*, 1974, parte I, sezione II, págs. 340 y ss.

<sup>250</sup> Decreto del Tribunale minorile di Bologna de 13.4.1972 comentado por POGGI, M. E.; "Patria potestà e autonomia del minore", cit., págs. 329-346 donde se impide a los padres de una menor de diecisiete años prohibirle mantener una relación sentimental.

derechos o valores constitucionales. El menor con madurez suficiente puede ejercer sus derechos como el adulto pero también como el adulto debe respetar en su ejercicio otros valores y derechos ajenos<sup>251</sup>.

Existe un tercer límite en el ejercicio de los derechos de la personalidad por parte del menor que tiene suficiente madurez: la ley. En efecto, en determinadas ocasiones incluso cuando el menor tiene suficiente madurez el legislador establece una edad legal para el ejercicio de determinados actos en los que se considera que no es conveniente que el menor actúe por debajo de dicha edad con independencia de si tiene suficiente madurez o no. Se entiende que es más grave el peligro que se corre atendiendo a la madurez de cada caso que limitando la actuación del menor con capacidad natural. El caso es muy claro en actos relacionados con la disposición del propio cuerpo, pues la posible equivocación en la apreciación de la existencia de madurez suficiente tiene unas consecuencias irreparables. Por ello, se prefiere retardar a los dieciocho años la actuación del menor. En otros casos, el establecimiento de determinadas edades legales para permitir la actuación del menor es criticable y de difícil justificación. Así sucede con el art. 109 CC *in fine* que establece que sólo el hijo mayor de edad podrá invertir el orden de sus apellidos.

---

<sup>251</sup> FORLATI, L.; *Op. Cit.*, pág. 25.





## CAPÍTULO 2: EL DERECHO DEL MENOR A LA PROPIA IMAGEN.

*Sumario:* 1. CONCEPTO.- 2. EL DERECHO A LA IMAGEN COMO DERECHO AUTÓNOMO.- 3. ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO: 3.1. La ley; 3.2. Los usos sociales; 3.3. Los actos propios.- 4. INTROMISIONES ILEGÍTIMAS EN EL DERECHO A LA IMAGEN DEL MENOR.- 5. EL CONSENTIMIENTO: 5.1. Introducción; 5.2. Consentimiento y capacidad para consentir; 5.2.1. El consentimiento al uso de la imagen en tanto derecho de la personalidad; 5.2.2. El consentimiento contractual: intervención de los representantes legales y del menor; 5.2.3. Actos que debe consentir el menor y edad en que puede hacerlo; 5.2.4. Normas imperativas de protección del menor; 5.3. Consecuencias de la falta de algún consentimiento; 5.4. La revocación del consentimiento.-6. LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL: 6.1. Cuando el menor tiene suficiente madurez y presta el consentimiento a la intromisión; 6.2. Cuando el menor no tiene suficiente capacidad para actuar por sí mismo.- 7. LA REPRESENTACIÓN LEGAL: 7.1. La representación legal de los padres y el tutor en el derecho a la imagen; 7.2. La representación legal en los regímenes atípicos de protección de menores.- 8. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN DE LA INTROMISIÓN EN EL DERECHO A LA IMAGEN: 8.1. El interés histórico, cultural o científico; 8.2. Persona pública en lugar público; 8.3. La accesoriedad.

### 1. CONCEPTO.

El derecho a la imagen comprende por una parte, la posibilidad de controlar la representación que de la imagen, de la voz o del nombre se haga por medios técnicos de reproducción y por la otra, la facultad de decisión sobre la propia apariencia física.

Para que la reproducción de la imagen por medios técnicos sea ilegítima es preciso que la persona sea reconocible<sup>252</sup>, es decir, que empleando una diligencia normal<sup>253</sup>, un tercero sea capaz de identificar la imagen de la persona<sup>254</sup>, incluso aunque no aparezca la figura humana<sup>255</sup> pero se presente

---

<sup>252</sup> La doctrina es prácticamente unánime al respecto. Así, ROVIRA SUEIRO, M.E.; *Op. Cit.*, pág. 7 y ss., IGARTÚA ARREGUI, F.; *Op. Cit.*, pág. 23 y ROYO JARA, J.; *Op. Cit.*, págs. 28-29. Así la SAP de Vizcaya de 17 de junio de 1998 que entiende que la publicación de la fotografía de los cuerpos de unos menores de edad que tuvieron un accidente de circulación no vulnera el derecho a la imagen porque la "imagen de una persona viene dada, primordialmente, por el propio rostro en tanto en cuanto el mismo sirve para ser identificada sin que una parte del cuerpo mediante la que no se represente el rostro sirva en absoluto para tal finalidad de identificación. En tal sentido puede entenderse que las fotografías y la información anexa son respetuosas de la identidad de los dos difuntos sin que, a través de las mismas, se pueda alcanzar su identificación". Lo mismo se sostiene en la SAP de Barcelona de 1 de junio de 1999 en la que se considera que no hay intromisión ilegítima en el derecho a la imagen de unos menores que habían sido víctimas de una red de prostitución infantil porque "no sólo es que se disimularan los rostros de los menores víctimas de los delitos, sino que esas propias imágenes parecen datar de épocas algo anteriores a las de publicación del reportaje (...) lo que dificulta notablemente su identificación por la imagen dado el desarrollo evolutivo constante de los niños, sino que la utilización de las iniciales también abunda en el mismo sentido".

<sup>253</sup> ROVIRA SUEIRO, M.E.; *Op. Cit.*, pág. 9.

<sup>254</sup> IGARTÚA ARREGUI, F.; *Op. Cit.*, págs. 28-30.

algún elemento que haga identificable a la persona<sup>256</sup>. La distorsión de la imagen con tiras negras en los ojos puede suponer la vulneración del derecho si con ello no se evita la identificación de la persona<sup>257</sup>.

Debe incluirse en el derecho a la imagen no sólo la imagen propiamente dicha sino también el nombre, la voz<sup>258</sup> y cualquier otro elemento que haga reconocible al individuo pues, en definitiva, el derecho a la imagen protege la identidad de la persona<sup>259</sup>. Además, el art. 7.6 de la ley orgánica 1/82 considera intromisión ilegítima la utilización del nombre, voz o imagen para fines publicitarios o de naturaleza análoga. Se maneja aquí, por tanto, un concepto de propia imagen indudablemente más amplio que el del art. 7.5 de la ley pues no abarca solamente el aspecto físico reconocible sino también la voz y el nombre, es decir, se incluyen todos aquellos rasgos identificadores de la persona que por ser los más característicos contribuyen a la individualización y diferenciación de los demás<sup>260</sup>. Es especialmente importante incardinar los elementos identificadores

---

<sup>255</sup> ROVIRA SUEIRO, M.E.; *Op. Cit.*, pág. 10 y ss. y AMAT i LLARI, Eulàlia; “El derecho a la propia imagen como derecho de la personalidad y como derecho patrimonial...”, cit., pág. 150.

En cambio, la STS 20 enero 1998 niega que se haya vulnerado el derecho a la imagen en un anuncio de desodorante para pies en el que aparecía un dibujo de una persona vestida como determinado actor y en el que se hace alusión a la frase “te huelen los pies” que aparecía en una canción interpretada por el mismo. La STC de 26 de marzo de 2001 que trata el mismo caso desestima el recurso presentado al entender que no se ha producido una vulneración de la vertiente personal del derecho por lo que no cabe el amparo.

<sup>256</sup> Así, Pret. Roma 18 aprile 1984, in *Foro italiano*, 1984, I,1, pág. 2030 que sostenía la vulneración del derecho a la imagen en un caso en que aparecían objetos claramente vinculados a una persona y la imagen de ésta aunque de forma no reconocible.

<sup>257</sup> IGARTÚA ARREGUI, F.; *Op. Cit.*, pág. 27.

<sup>258</sup> ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel; *Op. Cit.*, pág. 83-87, ROVIRA SUEIRO, M.E.; *Op. Cit.*, págs. 14 y ss. En contra, AZURMENDI ADARRAGA, A.; *Op. Cit.*, pág. 43. También lo ha entendido así el Tribunal Constitucional en STC 117/1994 de 25 de abril.

El art. 26 de la Constitución portuguesa recoge expresamente el derecho a la voz como el derecho a la reproducción rigurosa de las palabras dichas, lo cual en nuestro ordenamiento quedaría protegido por el derecho a la libertad de expresión, y como la tutela de la voz en tanto elemento identificador de la persona que en Derecho español debería incardinarse dentro del derecho a la imagen puesto que en ambos casos estamos ante elementos de identificación de la persona a través de la percepción ya visual, ya auditiva.

<sup>259</sup> AMAT I LLARI, Eulàlia; “El derecho a la propia imagen como derecho de la personalidad y como derecho patrimonial. Comentario a la STC de 26 de marzo 2001”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2003, nº 2, pág. 136-151.

<sup>260</sup> ROVIRA SUEIRO, M.E.; *Op. Cit.*, pág. 58.

del individuo en el derecho a la imagen dado que no hay ningún precepto constitucional que, de forma expresa, reconozca el derecho a la identidad<sup>261</sup>.

En cambio, el derecho a la imagen no protege la proyección pública de la persona, concepto que se incardina más bien en el derecho al honor<sup>262</sup> pues, mientras en el derecho a la imagen se hace referencia al aspecto físico de la persona, el honor versa sobre la consideración social del individuo, concepto en el que se incluye sin violencia la proyección pública o social.

Parece desprenderse de la LO 1/82 que el derecho a la imagen sólo comprende la representación de la imagen a través de mecanismos mecánicos o técnicos de reproducción pues en su art. 7.5 y 6 habla de “captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento” de la imagen o de utilización de la imagen “para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”<sup>263</sup>. Sin embargo, pese a que el derecho a la imagen hace referencia ciertamente a la facultad de controlar la reproducción por medios

---

<sup>261</sup> Sí lo hace, sin darle rango fundamental, el art. 12 RRC que afirma que “Las menciones de identidad consisten, a ser posible, en los nombres y apellidos, nombre de los padres, número de documento nacional de identidad, naturaleza, edad, estado, domicilio y nacionalidad”.

<sup>262</sup> HERRERO-TEJEDOR, Fernando; *Op. Cit.*, pág. 93 y ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel; *Op. Cit.*, pág. 43-45.

<sup>263</sup> En este sentido lo ha interpretado en ocasiones el Tribunal Constitucional en la STC 99/1994 de 11 de abril de 1994 donde considera que el derecho a la imagen consiste en impedir que otros la capten o difundan y en evitar la difusión incondicionada del aspecto físico de uno.

También el Tribunal Supremo para quien la imagen “equivale a la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción y que en tal sentido puede incidir en la esfera de un derecho de la personalidad de inestimable valor”. Así en STS de 11 de abril de 1987, 29 de marzo de 1988, 9 febrero de 1989, 19 de octubre de 1992 y 3 de octubre de 1996.

También es de esta opinión la mayor parte de la doctrina, especialmente la civilista, que considera que el derecho a la imagen protege la reproducción por cualquier medio de la misma pero no entiende que proteja la posibilidad de decidir cuál es la propia apariencia física. Así, IGARTÚA ARREGUI, Fernando; *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*, Madrid, 1991, pág. 22, HERRERO-TEJEDOR, Fernando; *La intimidad como derecho fundamental*, Madrid, 1998, pág. 93 y OLIVEROS LAPUERTA, María Vicenta; “Estudios sobre la Ley de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen”, en *Estudios de Documentación*, 1980, nº 38, Presidencia del Gobierno, Secretaría General, Técnica, Subdirección General de Documentación, pág. 22. En la doctrina italiana, DE CUPIS, Adriano; “I diritti de la personalità”, vol. I, en CICU-MESSINEO; *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. IV, Tomo 1, pág. 266 quien afirma que lo que se protege con el derecho a la imagen es el conocimiento de la misma más allá de los límites de la vista directa.

gráficos o audiovisuales de la propia imagen, también comprende la facultad de mostrar la apariencia física que se quiera<sup>264</sup>.

Así el Tribunal Constitucional en el ATC 321/1993, de 25 de octubre afirma que “el derecho a la imagen protege la imagen física, la captación o reproducción de sus rasgos o características externas de forma indebida o sin su consentimiento” por lo que el Tribunal Constitucional entiende que el derecho a la imagen implica por una parte la protección de la imagen o apariencia física y por la otra, la captación o reproducción de la misma<sup>265</sup>.

Es cierto que el Tribunal Constitucional aborda en contadas ocasiones el tema de si la decisión personal sobre la apariencia física forma parte del derecho

---

<sup>264</sup> Así PÉREZ ROYO, Javier; *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, 1995, pág. 298 dice que el derecho a la propia imagen tiene una doble vertiente: el derecho a ser uno mismo y el derecho a que no se haga uso de la imagen de uno sin su consentimiento. También ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel; *El derecho a la propia imagen*, Madrid, 1997, pág. 90-91 entiende que el Tribunal Constitucional hace en la STC 170/1987 de 30 de octubre una interpretación excesivamente restrictiva del derecho a la propia imagen pues una cosa es que la apariencia deba someterse a limitaciones por motivos laborales y otra no reconocer esa facultad en el derecho a la imagen.

Quizás en el Derecho portugués ello podría incardinarse en el derecho a la identidad reconocido en el art. 26.1 de su Constitución y que GOMES CANOTILHO, J.J.-MOREIRA, Vital; *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. 1º, Coimbra, 1984, pág 194 entiende como “aquilo que identifica cada pessoa como individuo, singular e irreductível”. Sin embargo, el derecho a la identidad no está reconocido en España a nivel constitucional de una forma expresa por lo que debe buscarse su cobertura en el derecho a la imagen sí reconocido como derecho fundamental. Esta vertiente se traduce en el ámbito comercial de la imagen como el valor publicitario que adquiere la propia imagen a consecuencia del propio esfuerzo creativo que ha realizado la persona. Sobre el valor publicitario de la creación de la imagen, AMAT i LLARI, Eulalia; *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*, Madrid, 1992, pág. 4.

<sup>265</sup> Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la protección de la imagen como apariencia física no coincide conceptualmente con la protección de la figura humana en sí misma pues la imagen es la captación o percepción que de uno mismo hacen los demás, es la proyección exterior de la figura humana. La imagen puede ser percibida de forma directa, mediante el contacto visual, o indirecta, a través de medios técnicos de reproducción multiplicándose en este último caso el número de perceptores.

En efecto, a través de medios técnicos audiovisuales o gráficos, la percepción de uno mismo se proyecta a un mayor número de personas sin que ello pueda controlarse siempre por la persona. Por esta razón seguramente, la consideración de la imagen como derecho autónomo ha sido bastante más tardía que la de otros derechos de la personalidad pues, hasta que se produjo la eclosión de los medios audiovisuales, no se vió la necesidad de hacerlo.

Es cierto que la revolución de la tecnología en los medios de comunicación hizo necesaria una regulación detallada en ley orgánica de la protección civil del derecho a la imagen y es cierto que tal regulación vino muy influida por el peligro de la vulneración del derecho a la imagen por medio de la captación, reproducción y publicación de la misma pero ello no impide entender incluido en el art. 18 CE un concepto más amplio de derecho a la imagen pues lo contrario implicaría mantener una interpretación restrictiva del derecho fundamental.

a la imagen y en ningún caso lo hace en relación al menor. La STC 170/1987 de 30 de octubre resuelve un supuesto en el cual el recurrente, que trabajaba en un hotel desde el año 1973 como primer *barman*, decidió en 1983 dejarse barba a lo que se opuso la empresa la cual ante la insistencia del recurrente le sancionó en varias ocasiones hasta que en 1986 le despidió<sup>266</sup>. El Tribunal Constitucional no niega que la decisión personal sobre la apariencia física forme parte del derecho a la imagen recogido en el art. 18.1 CE sino que afirma que esta facultad de decisión puede quedar limitada “como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula”<sup>267</sup> en base a los usos sociales existentes. Resulta comprensible que el derecho a la propia apariencia esté limitado pero, si el derecho puede ceder ante el uso social, es porque el derecho existe y negarlo podría llevar a extremos no deseables en el ámbito de la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad<sup>268</sup>.

En sentido parecido la STSJ de Cataluña de 13 de octubre de 1999<sup>269</sup> donde el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña acoge la tesis de que es razonable fijar unas pautas relativas a la presencia, uniformidad, estética y

---

<sup>266</sup> El recurrente no pide amparo porque se haya producido una captación, reproducción o publicación de su imagen sino que considera que “la decisión sobre si la estética corporal es favorecida o no por el uso de la barba, es parte integrante de la intimidad y el derecho a la propia imagen de la persona” y añade que “la hipotética colisión entre el derecho a la libre organización productiva que la legislación ordinaria reconoce al empresario (art. 20 ET) y el contenido esencial del art. 18.1 de la CE, lógicamente debe resolverse (...) en favor del segundo”. En relación a este tema entendió el Tribunal Constitucional que “No es, por tanto, una difusión o captación ilícita de su propia imagen contraria al art. 18.1 CE, ni tampoco una decisión personal sobre su apariencia física lo que se discute en este proceso, sino si esta decisión puede o no limitarse o condicionarse en virtud de las relaciones laborales en que desarrolla su actividad profesional”. Con ello, el Tribunal Constitucional evita entrar en el tema de fondo, a saber, si la decisión sobre la apariencia física forma parte del contenido esencial del derecho a la imagen reconocido en el art. 18.1 CE y simplemente se manifiesta sobre si la limitación sobre esa decisión entra dentro del ámbito de dirección de la empresa fallando de forma afirmativa. Sin embargo, nada empece para que podamos incardinar la decisión sobre la apariencia en el derecho a la imagen del art. 18.1 CE y aceptemos la existencia de una serie de límites sobre esta facultad.

<sup>267</sup> STC 72/1982, de 2 de diciembre.

<sup>268</sup> ALEGRE MARTÍNEZ, M. A.; *Op. Cit.*, pág. 90-91 quien entiende que el Tribunal Constitucional ha llegado a una solución correcta pero por una vía equivocada pues cree el autor que, al no entrar en el asunto, está tácitamente negando la posibilidad de entender que el derecho a la apariencia forma parte del derecho a la imagen.

<sup>269</sup> En la STSJ de Cataluña de 13 de octubre de 1999 se analiza si la Circular del Subintector Jefe de la Policía Municipal de 30 de octubre 1995 que regulaba la uniformidad, la imagen exterior y criterios estéticos y de seguridad de los miembros del Cuerpo es contraria al derecho a la propia imagen de los miembros de la Policía Municipal.

seguridad porque la imagen de la Policía Municipal, por su propia idiosincrasia, no es una cuestión de exclusiva decisión personal. De nuevo no se niega aquí el control de la apariencia física como parte integrante del derecho a la imagen sino que se sostiene que su contenido viene delimitado por determinadas relaciones sociales, en este caso la derivada de la pertenencia al Cuerpo de Policía Municipal.

En la jurisprudencia italiana, un Tribunal de Roma<sup>270</sup> afirma “questo personaggio popolarissimo, quindi, durante la sua lunga attività quale autore, cantante, manager della sua attività professionale e della sua immagine si è sempre voluto caratterizzare con un indumento (zucchetto di lana o maglia) e con un accessorio (gli occhietti a binocolo) che pur non potendo assurgere a marchio sono diventati elementi differenziatori peculiari” y añade que dicho personaje público “ha sempre usato i due accessori non incidentalmente ma per caratterizzare (...) la sua personalità arricchendola con un quid pluris che servisse come richiamo”. Es decir, también en el ordenamiento jurídico italiano el control sobre la apariencia física forma parte de la personalidad y, por tanto, del derecho a la imagen.

El derecho a la imagen es un derecho de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos como son la apariencia física, la voz o el nombre, cualidades que identifican a la persona y que todo individuo posee por el mero hecho de serlo<sup>271</sup>. La imagen, pues, no equivale a personalidad pero sí es uno de los vehículos más directos de expresión de la misma<sup>272</sup>. Ello adquiere mayor relevancia, si cabe, en el menor de edad para quien, especialmente en la adolescencia, imagen y personalidad se mezclan y para quien experimentar con la propia apariencia forma parte del aprendizaje vital y de su evolución personal<sup>273</sup>. En ocasiones, la

---

<sup>270</sup> Pret. Roma 18 aprile 1984, in *Foro italiano*, 1984, I,1, pág. 2030.

<sup>271</sup> STC 117/1994 de 25 de abril de 1994.

<sup>272</sup> AZURMENDI ADARRAGA, Ana; *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Navarra, 1997, pág. 20.

idolatría de determinados personajes, la identificación con algún grupo social o tribu urbana forma parte de la formación que llevará al menor a apartarse de esos modelos para dejar fluir su personalidad. Por ello, en base al art. 162.2 CC y el art. 155.2 CF los titulares de la patria potestad o tutela no deben oponerse a la libre elección que, en este sentido, haga el propio menor siempre que aquél tenga madurez suficiente para hacerlo y no tome decisiones contrarias a su interés.

En relación al menor resulta interesante la polémica sobre si las menores de edad de origen marroquí pueden asistir a la escuela con un pañuelo que cubra su cabeza. No cabe duda de que tal actitud es una manifestación de la libertad religiosa de la menor pero también del derecho a la imagen por cuanto implica una decisión sobre la apariencia física. Cuando la menor tenga capacidad natural suficiente, será ella quien deba decidir sobre su apariencia física por aplicación del art. 162.2 CC o el art. 155.2 CF sin que puedan los titulares de la patria potestad oponerse a su decisión salvo que sea contraria a su interés. Sólo cuando las menores de edad no tengan madurez suficiente se estará a la voluntad de los padres, aunque difícilmente sucederá esto en el caso planteado porque en la cultura marroquí las menores empiezan a llevar pañuelo en la pubertad.

De todo ello se deduce que el derecho a la apariencia física es una facultad integrante del derecho a la imagen pero también que tiene una serie de límites:

1. Valores constitucionales e interés del menor. No serán admisibles determinadas conductas relativas a la imagen cuando éstas sean contrarias a los valores imperantes en la Constitución, a otros derechos fundamentales del menor o a su interés<sup>274</sup>.

---

<sup>273</sup> Piénsese en el adolescente que luce un *pearcing*, se deja el pelo largo, se viste y peina como el cantante de moda,...Mediante la elección de una imagen, muchas veces por idolatría, y mediante el rechazo de otra, el menor está desarrollando su personalidad.

<sup>274</sup> Así, el *shadoor* no puede aceptarse como una manifestación del derecho a la imagen del menor porque es en Afganistán un símbolo de discriminación y opresión de la mujer por lo que es contrario al derecho a la igualdad, a la libertad y a la dignidad de las personas además de poder perjudicar la integridad física de la mujer. En cambio, el uso de pañuelo en Marruecos ni es obligatorio ni es un símbolo de discriminación sexual sino que tiene una finalidad estética, de manifestación religiosa y funcional pues permite proteger el cabello de la arena y del viento. Sería



2. Los usos sociales y el protocolo<sup>275</sup>. El protocolo y las costumbres imperantes en una sociedad pueden limitar el derecho a la imagen porque, en base a ellas, puede imponerse a la persona y, en concreto, al menor una determinada apariencia<sup>276</sup>.

3. Límites derivados de reglas profesionales. El correcto ejercicio de la profesión puede exigir que se vista de determinada forma o que se evite cierta imagen. En determinadas profesiones es preciso que la apariencia transmita cierta autoridad que luciendo determinado aspecto físico quedaría menoscabada<sup>277</sup>. En ocasiones el derecho a la imagen viene limitado para proteger otros derechos fundamentales pues, por ejemplo, el uso de determinada vestimenta o adornos puede poner en peligro la integridad física de la persona (así los pendientes cuando se trabaja con determinada maquinaria, el no uso de

---

un equivalente de los pendientes en la cultura occidental que acostumbran a llevar las mujeres desde temprana edad pero de forma voluntaria y con una finalidad puramente estética.

Por otra parte, el uso del *shadoor* es incompatible con el ejercicio físico que forma parte de la educación de la menor por lo que sería contrario a su interés. Por ello, deberá procurarse un equilibrio entre el derecho a la imagen y la formación del menor que podría consistir en la posibilidad de usar un pañuelo excepto en las clases de gimnasia.

Algo similar sucedería con las intervenciones de cirugía plástica que además de constituir un riesgo innecesario para la integridad física no contribuyen a la formación del menor pues en una edad en la que se está construyendo la personalidad es preciso fomentar la autoestima, la aceptación de la propia persona, la seguridad,... y éstos son valores que no se incentivan con este tipo de intervenciones. Los padres no pueden consentir esta intervención porque no pueden ejercer el derecho y porque no estarían cumpliendo su deber de velar por los hijos menores y procurarles una formación integral.

<sup>275</sup> Recuérdese que el art. 2.1 de la ley orgánica 1/1982 de 5 de mayo de protección civil del honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen dice que la protección civil de la propia imagen quedará delimitada por los usos sociales. Por otra parte, el Tribunal Constitucional en la STC 170/1987 de 30 de octubre de 1987 acepta la existencia de un uso social en el ámbito laboral según el cual los camareros deben ir afeitados por una cuestión de higiene.

<sup>276</sup> Así sucedería en el caso de las menores a las que a muy temprana edad se les perforan los lóbulos de las orejas para que luzcan pendientes. Estamos ante un auténtico ejercicio del derecho a la imagen y no ante una mera protección de un bien jurídico por parte de los padres pues, en la mayor parte de los casos, la menor no tiene madurez suficiente para actuar por sí misma. Ello encuentra su justificación en los usos sociales que deberán respetar en todo caso los valores superiores y los derechos fundamentales. Un supuesto similar sería el de los uniformes que deben vestirse por los alumnos de determinadas escuelas. En ambos casos, deberá oírse al menor que tenga suficiente madurez debiendo primar la decisión que tome al respecto cuando ello no sea contrario a su interés.

<sup>277</sup> Así sucedería en el supuesto estudiado en la STSJ 13 de octubre de 1999 de Cataluña en el cual se enjuiciaba la posibilidad de establecer unas pautas de conducta en relación a la estética de los policías municipales fallando el Tribunal en favor de dicha posibilidad.

trajes adecuados cuando se trabaja con materiales tóxicos,...). Finalmente hay otros intereses que pueden entrar en conflicto con la imagen como la libertad de empresa<sup>278</sup>, la higiene en el trabajo<sup>279</sup>,... por lo que unos y otros deberán encontrar un equilibrio. Sin embargo, cuando la imagen de la persona no interfiera en sus funciones deberá permitírsele mantenerla en el puesto de trabajo pues lo contrario supondría una vulneración de su derecho a la imagen<sup>280</sup>.

## 2. EL DERECHO A LA IMAGEN COMO DERECHO AUTÓNOMO.

La Constitución española de 1978 es pionera en la regulación del derecho a la imagen como un derecho autónomo de los derechos a la intimidad y al honor<sup>281</sup> pues tradicionalmente se había incardinado la protección a la imagen en el derecho a la intimidad<sup>282</sup>, al honor<sup>283</sup> o a la identidad<sup>284</sup>.

---

<sup>278</sup> La STC 99/1994 de 11 de abril de 1994 afirma que “el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada (STC 88/1985). Pero que, partiendo de este principio, no puede desconocerse tampoco que la inserción en la organización ajena modula aquellos derechos, en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva, reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración en el texto de nuestra norma fundamental (arts. 38 y 33 CE). Es en aplicación de esta necesaria adaptabilidad de los derechos del trabajador a los requerimientos de la actividad productiva en que se integra, y en la apreciada razonabilidad de éstos, como se ha afirmado que manifestaciones del ejercicio de aquéllos que en otro contexto serían legítimas, no lo son, cuando su ejercicio se valora en el marco de la relación laboral (...). En este marco de modulación de las exigencias a las exigencias organizativas, estrictamente apreciadas, cabe valorar el alcance del derecho a la propia imagen, invocado por el trabajador como justificación de su negativa a la orden del empresario”.

<sup>279</sup> Así, la STC 170/1987 de 30 de octubre de 1987 que acepta como uso social laboral que los camareros deban ir afeitados.

<sup>280</sup> Piénsese que hace unos años apareció en los medios de comunicación la polémica mantenida entre un futbolista argentino y el seleccionador de su país que se negaba a convocarlo si no se cortaba la melena que lucía.

<sup>281</sup> De hecho en el anteproyecto de la Carta Magna sólo se hacía referencia al derecho al honor y a la intimidad y fue durante el periodo de enmiendas en el Congreso de los Diputados cuando se introdujo la referencia al derecho a la imagen.

<sup>282</sup> Así en la doctrina italiana DE CUPIS, Adriano; *Op. Cit.*, Tomo 1, pág. 258 y ss. incluye el derecho a la imagen en el *diritto a la riservatezza*. Ver sobre este tema GITRAMA GONZÁLEZ, M.; “Imagen”, en *Op. Cit.*, pág. 323-324. En el ordenamiento jurídico anglosajón la imagen se protege a través del *privacy*. Sobre este tema HERRERO-TEJEDOR, F.; *Op. Cit.*, pág. 34 y ss.

<sup>283</sup> Así parecería desprenderse del art. 10 CC italiano que dice que “Qualora l’immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia stata sposta, o pubblicata fuori dei casi in cui l’esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei congiunti, l’autorità giudiziaria, su richiesta dell’interessato, può disporre che cessi l’abuso, salvo il risarcimento dei danni”.

Sin embargo, quizás la inclusión de la imagen en el derecho al honor es fruto de la idea de que el derecho a la imagen comprende la imagen pública de una persona, es decir, la opinión que

Por otra parte, es cierto que la jurisprudencia ha contribuido, en ocasiones, a la confusión entre honor, intimidad e imagen, en parte por los propios términos en que se pronuncian las demandas, en parte porque los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen se vulneran no pocas veces de forma simultánea<sup>285</sup>. Muchas veces la imagen es el vehículo para vulnerar el honor de una persona en la medida en que, por ejemplo, una fotografía puede ser trucada o puede dar una imagen sesgada de determinada situación<sup>286</sup>. E igualmente puede ser un medio para vulnerar el derecho a la intimidad porque a través de la reproducción de una imagen puede difundirse una parcela de la vida privada de la persona<sup>287</sup>. Sin embargo, la evidente relación y la posibilidad de que un mismo acto lesione la imagen pero también la intimidad y/o el honor no debe ser obstáculo para diferenciar los tres derechos.

Así se ha entendido por la doctrina entre la que empieza a existir cierta unanimidad en relación a considerar el derecho a la imagen como un derecho autónomo<sup>288</sup>.

---

tiene la sociedad de un individuo concreto cuando, en realidad, este concepto de imagen pública ciertamente forma parte del derecho al honor pero nada tiene que ver con el derecho a la imagen.

<sup>284</sup> Así HERRERO-TEJEDOR, Fernando; *La intimidad como derecho fundamental*, Madrid, 1998, pág. 185.

<sup>285</sup> Así, ROVIRA SUEIRO, M.E.; *Op. Cit.*, págs. 26-29 quien hace notar que el hecho de que el Tribunal haga primar en estos casos el derecho vulnerado de forma principal no es motivo para negar la sustantividad de estos derechos. Hace esta autora un exhaustivo análisis sobre la autonomía de estos derechos en págs. 25-32.

<sup>286</sup> Así lo hacen notar, OLIVEROS LAPUERTA, M.V.; *Op. Cit.*, pág. 21-22, ALEGRE MARTÍNEZ, M.A.; *Op. Cit.*, pág. 46 y HERCE DE LA PRADA, V.; *Op. Cit.*, págs. 24-27.

<sup>287</sup> OLIVEROS LAPUERTA, M.V.; *Op. Cit.*, pág. 25, ALEGRE MARTÍNEZ, M.A.; *Op. Cit.*, pág. 52 y ss. y HERCE DE LA PRADA, V.; *Op. Cit.*, págs. 27-30.

<sup>288</sup> Así, HERRERO-TEJEDOR, F.; *Honor, intimidad...*, cit., pág. 93 que dice que "si bien el derecho a la propia imagen puede presentar concomitancias con el honor y la intimidad, en realidad se trata de un derecho autónomo y diferenciado de los demás, que en muchos supuestos es objeto de intromisiones ilegítimas que en nada vulneran el honor o la intimidad, lo que confirma su valor independiente", HERCE DE LA PRADA, Vicente; *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*, Barcelona, 1994, pág. 30, OLIVEROS LAPUERTA, M. V.; *Op. Cit.*, pág. 9 y CARRILLO, Marc; "El derecho a la propia imagen como derecho fundamental", en *Revista Jurídica de Asturias*, 1994, nº 18, pág. 12, PÉREZ ROYO, J.; *Op. Cit.*, pág. 297, GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel; "El derecho a la propia imagen, hoy", en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Vol. VI, Madrid, 1998, pág. 208 y O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier; "Personalidad y derechos de la personalidad (Honor, intimidad e imagen) del menor, según la ley de protección del menor", en *La ley*, 1996-4, marg. D-239, pág. 1249.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que el derecho a la identidad es el derecho a ser uno mismo<sup>289</sup> por lo que no cabe duda que no sólo la imagen sino también el nombre, la voz y, en general, cualquier elemento que identifique a la persona participa del concepto de derecho a la identidad. Existe, por tanto, una íntima relación entre el derecho a la imagen y el derecho al nombre pero deben considerarse autónomos en la medida en que uno individualiza intelectualmente a la persona mientras que el otro lo hace visualmente<sup>290</sup>.

Cuestión diferente es que existan manifestaciones de la personalidad íntimamente relacionadas con la identidad personal, como el nombre, la voz,... que deban entenderse incluidas en el derecho a la imagen recogido en el art. 18 CE. En efecto, los derechos de la personalidad por su esencialidad al individuo, deben recogerse como derechos fundamentales con la finalidad de que cualquier lesión que se realice de los mismos tenga acceso al recurso de amparo. Por ello, en la medida en que el derecho al nombre no se recoge expresamente como derecho fundamental debe entenderse incluido en la protección del derecho a la imagen que hace la Constitución. De hecho, el art. 7.6 de la ley orgánica 1/1982 considera intromisión ilegítima la utilización del nombre, la imagen o la voz de una persona con fines publicitarios comerciales o de naturaleza análoga y si se acepta la protección de la vertiente patrimonial de estos derechos con mayor razón debe protegerse su vertiente personal<sup>291</sup>. También el art. 4 de la ley orgánica 1/1996 establece que el uso del nombre de forma contraria al honor o al interés del

---

<sup>289</sup> DE CUPIS, A.; *Op. Cit.*, vol. I, págs. 3-4 define el derecho a la identidad personal como el derecho de la persona a ser “quella che è realmente, colle proprie qualità e le proprie azioni” como resultado del “bisogno di affermare la propria individualità”. Por ello, mantenemos aquí que este derecho a la identidad personal es una característica del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

<sup>290</sup> AZURMENDI ADARRAGA, A.; *Op. Cit.*, págs. 39 y ss.

<sup>291</sup> La vertiente patrimonial del derecho a la imagen deriva siempre de la personal como sostiene AMAT i LLARI, E.; “El derecho a la propia imagen como derecho de la personalidad y como derecho patrimonial...”, cit., pág. 137 donde afirma que “cuando la utilización es comercial existe igualmente una doble vertiente personal y patrimonial, ya que el derecho al valor comercial de la imagen tiene una faceta personalísima, como es la de permitir o no permitir la divulgación comercial, que con mucho mayor motivo puede no ser querida por aquel del que se reproduce la imagen, de tal modo que el artículo 7.6 no es más que una especialidad del 7.5, pero aquél no excluye el contenido de éste”.

menor supone una intromisión ilegítima en sus derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

En conclusión, el derecho a la imagen es autónomo en relación al derecho a la intimidad y al derecho al honor. También es autónomo en relación al derecho al nombre y a la voz pero debe entenderse que en el art. 18 CE también quedan protegidos a través del recurso de amparo las posibles vulneraciones del derecho al nombre y a la voz por dos motivos. En primer lugar, la ley orgánica 1/1982 hace referencia a la voz y al nombre aunque sólo sea de forma indirecta y en relación a su valor comercial por lo que si se protege el valor comercial de la voz y el nombre con mayor razón habrá de protegerse su aspecto fundamental o personalista. Por otra parte, en la medida en que son manifestación de la propia personalidad y por ello permiten diferenciar a una persona de sus semejantes, debe procurarse que estos derechos de la personalidad reciban tratamiento y protección constitucional.

### **3. ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO.**

El art. 2.1 de la ley orgánica 1/82 establece que: “La protección civil del honor, de la intimidad y de 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”. Este precepto merece ser comentado con detalle porque, además de las fuertes críticas que ha suscitado entre la doctrina, presenta algunas particularidades en relación al menor de edad.

#### **3.1. La ley.**

El criterio de la ley como delimitador de la protección de estos derechos ha suscitado no pocas críticas por la falta de precisión que comporta<sup>292</sup>. Ahora bien, esa vaguedad que, sin duda, existe puede solventarse haciendo una interpretación integrada de los preceptos constitucionales. En efecto, del art. 81 CE se desprende que los derechos fundamentales y libertades públicas sólo

---

<sup>292</sup> AZURMENDI ADARRAGA, A.; *Op. Cit.*, pág. 200 y HERRERO-TEJEDOR, F.; *Honor, intimidad...*, cit., pág. 164.

podrán regularse por ley orgánica<sup>293</sup> que, según el art. 53.1 CE, deberá respetar en todo caso su contenido esencial.

La ley que regula de forma directa el derecho al honor a la intimidad y a la propia imagen es 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. Pero existen otras leyes orgánicas en las que se hace referencia a ellos como en los arts. 197 a 201 del Código Penal de 1995. También hay que tener en cuenta, especialmente en relación al menor de edad, la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor que en su art. 4 regula el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

Por otra parte, si bien es cierto que la regulación de los derechos fundamentales debe hacerse por el Estado central mediante ley orgánica (arts. 81.1 y 149.1 CE), algunas Comunidades Autónomas han legislado en materia de protección de derechos fundamentales del menor de edad<sup>294</sup>. Del art. 53.1 CE en relación con el 81 CE se desprende que sólo a través de ley orgánica podrá regularse el contenido esencial de los derechos fundamentales. Ello no obsta, sin embargo, para que las Comunidades Autónomas puedan reconocer estos derechos y establecer garantías para su efectiva protección en relación a los menores de edad.

---

<sup>293</sup> Así lo hacen notar GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel; "El derecho a la propia imagen hoy...", cit., págs. 211-212, AZURMENDI ADARRAGA, A.; *Op. Cit.*, pág. 200 y HERRERO-TEJEDOR, F.; *Honor, intimidad...*, cit., pág. 164.

<sup>294</sup> Así la ley de la Comunidad Autónoma de Extremadura 4/1994, de 10 de noviembre, sobre protección y atención a menores, la ley de la Comunidad Autónoma de Valencia 7/1994, de 5 de diciembre de la infancia, la ley del Principado de Asturias 1/1995 de 27 de enero sobre protección del menor, la ley de la Comunidad Autónoma de Murcia 3/1995, de 21 de marzo de la infancia, la ley de la Comunidad Autónoma de Madrid 6/1995, de 28 de marzo de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia, la Ley la Comunidad Autónoma de Cataluña 8/1995, de 27 de juliol, *d'atenció i protecció dels infants i els adolescents*, Ley de la Comunidad Autónoma de Canarias 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral de menores, la ley de la Comunidad Autónoma de Galicia 3/1997, de 9 de junio de familia, infancia y adolescencia, la ley de la Comunidad Autónoma de La Rioja 4/1998, de 18 de marzo del menor, la Ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía 1/1998, de 20 de abril, reguladora de los derechos y la atención del menor, Ley de la Comunidad Autónoma de Castilla la Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor, ley de Cantabria 7/1999 de 28 de abril de protección de la infancia y la adolescencia y la ley de la Comunidad Autónoma de Aragón 12/2001, de 2 de julio de la infancia y la adolescencia.

Por ello, en relación al menor deben manejarse varios textos legales, a saber: la ley 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor y las correspondientes leyes autonómicas. Y debe hacerse teniendo en cuenta una relación de complementariedad entre las mismas, nunca de exclusión.

Esta concurrencia normativa, especialmente en cuanto a las leyes orgánicas, ha suscitado fuertes críticas entre la doctrina que coincide en afirmar la innecesariedad de una protección de estos derechos respecto de menores de edad<sup>295</sup>. En efecto, el menor de edad, en tanto que persona, es titular de todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, entre ellos, los derechos al honor, intimidad y propia imagen. Sin embargo, en la medida en que el menor de edad se encuentra en una situación jurídica especial está justificada la regulación de unos derechos fundamentales que, por supuesto, ostenta como toda persona, pero que pueden requerir una modulación especial<sup>296</sup>.

El problema es que la técnica jurídica con que ello se ha llevado a cabo ha dado lugar a una regulación vaga e imprecisa de tal manera que en lugar aclarar y desarrollar la protección de estos derechos en el menor, ha contribuido a confundir el tema pues cae en repeticiones y omisiones hasta el punto que se ha llegado a decir que la ley orgánica 1/1982 y la ley orgánica 1/1996 pueden ser incompatibles<sup>297</sup>. Estos desajustes son especialmente evidentes en la regulación que hacen ambas leyes de las situaciones que constituyen una intromisión ilegítima en los derechos estudiados. Por ello, debe hacerse un esfuerzo

---

<sup>295</sup> GULLÓN BALLESTEROS, Antonio; "Sobre la ley 1/1996, de protección jurídica del menor", en *La ley*, 1996, Tomo I, D-40, págs. 1691 donde afirma que el "reconocimiento de los derechos antedichos es sorprendente; ya la Constitución los protege y los reconoce dentro del Capítulo Segundo, Sección 1ª, del Título I, y nadie ha pensado, ni, por supuesto escrito, que de la protección y reconocimiento de aquellos derechos estuviesen excluidas las personas menores de edad", ALONSO PÉREZ, Mariano; "La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras", en *Actualidad Civil*, 1997-1, marg. 17, ref. II, pág. 18.

<sup>296</sup> RIVERA FERNÁNDEZ; "Anotaciones a la Ley 1/96, de 15 de enero, de protección jurídica del menor", en *Revista General del Derecho*, 1996, nº 621, págs. 6505.

<sup>297</sup> ROVIRA SUEIRO, M.E.; *Op. Cit.*, pág. 122 y ss.

interpretativo para establecer una relación de complementariedad entre las dos leyes<sup>298</sup>.

### 3.2. Los usos sociales.

También este criterio ha recibido duras críticas entre la doctrina. Así se le ha achacado que es una fuente de inseguridad jurídica<sup>299</sup> y de desigualdades<sup>300</sup>, que tener en cuenta los usos sociales hoy equivale prácticamente a eliminar el derecho<sup>301</sup>, que atender a los usos sociales implica un retroceso y no un avance en la defensa de los derechos<sup>302</sup> y que hubiera bastado la remisión que el art. 3.1 CC hace a la realidad social del momento en que han de ser aplicadas las leyes<sup>303</sup>.

Sin embargo, lo que el legislador pretendía con la alusión a los usos sociales es que el ámbito de protección de estos derechos se adecuara en cada momento a lo que la sociedad considerara una intromisión ilegítima pues no toda injerencia en el derecho a la imagen lo vulnera<sup>304</sup>. Una buena muestra de la

---

<sup>298</sup> Preferimos el criterio de la complementariedad al de la supletoriedad que propone ROVIRA SUEIRO, M.E.; *Op. Cit.*, pág. 125 por entender que permite un ámbito de protección mayor. En realidad, es una cuestión puramente metodológica pues hay que interpretar ambas leyes para poder determinar un régimen jurídico integrado que reúna las máximas garantías posibles y ello no es posible acudiendo sólo supletoriamente a la ley 1/1996.

<sup>299</sup> GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel; "El derecho a la propia imagen hoy...", cit., pág. 212 y CARRILLO, Marc; "El derecho a la propia imagen como derecho fundamental", en *Revista Jurídica de Asturias*, 1994, nº 18, pág. 22.

<sup>300</sup> CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L.H.; "Reflexiones sobre los derechos de la personalidad...", cit., pág. 1249-1250.

<sup>301</sup> Así, AZURMENDI ADARRAGA, A.; *Op. Cit.*, pág. 201 quien dice que la patrimonialización del derecho a la imagen "ha ido de la mano del progresivo interés por las crónicas y reportajes sobre aspectos de la vida amorosa, familiar, privada en último término, de las personas populares -artistas de cine y de teatro, cantantes, deportistas, ciertos políticos-, casi siempre ilustrados con imágenes representativas de estas situaciones" y añade "la referencia a los usos sociales que hace la Ley ¿no pone en peligro la protección misma del derecho a la propia imagen? Porque si lo habitual es llenar con este tipo de contenido determinadas revistas y muchas de las páginas de publicaciones de interés general, ¿no llegará un momento en el que se justifique cualquier tipo de intromisión?".

<sup>302</sup> DE LA VÁLGOMA, María; "Comentario a la ley orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad familiar y personal y a la propia imagen", en *Anuario de Derechos Humanos*, 1983, nº2, pág. 662-663.

<sup>303</sup> GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel; "El derecho a la propia imagen hoy...", cit., pág. 213 y AZURMENDI ADARRAGA, A.; *Op. Cit.*, pág. 201.

<sup>304</sup> Se trata de adecuar la interpretación de los derechos que la Constitución recogió en 1978 a la consideración que de ellos hace la sociedad y de forma consensuada o, en palabras de la



utilidad de este criterio para adecuarse a la realidad social la encontramos en la evolución de la postura legal ante el ejercicio de la representación legal en el ámbito de los derechos a la imagen, a la intimidad y al honor del menor. En efecto, pese a que los arts 162.2 CC y 155.2 CF impiden la representación en relación a los derechos de la personalidad como norma general, el art. 3.2 de la ley orgánica 1/1982 permite que los padres o el tutor ejerzan los derechos al honor, la intimidad o la imagen siempre que se respeten una serie de garantías. Con ello el legislador no hizo más que recoger una práctica habitual<sup>305</sup> que socialmente no se sentía como una injerencia ilegítima en los derechos al menor. Sin embargo, la revolución sufrida en los últimos años por los medios de comunicación, especialmente la prensa rosa y los *reality shows*, así como la generalizada aparición de menores en dichos medios ha puesto de relieve una serie de problemas relativos al perjuicio que ello puede causar en aquellos que, por su falta de desarrollo pleno, no pueden asumir determinada presión social o mediática. La sociedad ha reaccionado de forma contraria al uso económico que en muchas ocasiones se hace de los menores por los representantes legales y de ahí, que la ley 1/1996 establezca como límite a su actuación la protección del interés del menor y de su honor.

Además la referencia a los usos sociales cobra especial importancia en relación la decisión sobre la apariencia física del menor pues socialmente no se siente como una intromisión ilegítima que los representantes legales tomen decisiones al respecto cuando el menor no tiene madurez para hacerlo por sí mismo<sup>306</sup>.

---

Exposición de Motivos de la ley orgánica 1/1982, se estará a “las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad”. Por ello, debe entenderse que la referencia a los usos sociales implica un llamamiento a la realidad social presente. Así, ROVIRA SUEIRO, M.E.; *Op. Cit.*, pág. 38.

<sup>305</sup> Piénsese en la aparición de menores en anuncios publicitarios o en películas totalmente aceptada por la sociedad.

<sup>306</sup> Así, poner pendientes a las menores de muy corta edad no se considera una intromisión ilegítima en su personalidad (ni en el derecho a la imagen ni en el derecho a la integridad física) porque tradicionalmente se ha aceptado esta práctica en la sociedad. Más reciente es la práctica de que los hombres lleven un pendiente y todavía lo es más el fenómeno del *pearcing*. En cambio, existe una idea generalizada a no aceptar los tatuajes en la cara en la medida en que ello puede perjudicar la identificación personal y social del individuo.

Por otra parte, tampoco creemos que este criterio tenga que desembocar necesariamente en una fuente de desigualdades<sup>307</sup>. De sobras es conocida la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual no es discriminatorio dar tratamiento diferente a situaciones razonablemente distintas<sup>308</sup>. De esta forma, no debe interpretarse igual el ámbito de protección del derecho a la imagen en una actriz que en un ama de casa anónima, en un mayor de edad que en un menor de edad ni en un menor de edad que es actor que en un menor de edad que no lo es.

En conclusión, los usos sociales son aquellos comportamientos relativos al contenido del derecho y sus límites que la sociedad siente como legítimos en cada momento y lugar. Así interpretado, este criterio puede ser de gran ayuda para conseguir la adecuación de estos derechos a la evolución de la sociedad<sup>309</sup>.

### **3.3. Los actos propios.**

Se ha dicho que utilizar los actos propios como criterio delimitador del ámbito de protección del honor, intimidad e imagen puede vulnerar el contenido esencial de estos derechos<sup>310</sup>, que es incompatible con la irrenunciabilidad del derecho<sup>311</sup> y que puede generar desigualdades<sup>312</sup>.

Sin embargo, hay que tener presente que estamos ante un criterio meramente orientador que en ningún caso puede disminuir el contenido esencial del derecho. Se trata de tener en cuenta que la seguridad jurídica impone la necesidad de proteger la apariencia creada por la conducta del titular del derecho<sup>313</sup>. El Tribunal Supremo, creemos que acertadamente, ha dado un paso

---

<sup>307</sup> ROVIRA SUEIRO, M.E.; *Op. Cit.*, pág. 40.

<sup>308</sup> STCs 33/1983, de 4 de mayo, 49/1983, de 1 de junio, 65/1983, de 21 de julio, 75/1983 de 3 de agosto, 103/1983, de 22 de noviembre, 6/1984 de 24 de enero, 180/1985, de 19 de diciembre, 166/1986, de 19 de diciembre, 108/1989, de 8 de junio, 68/1991, de 8 de abril, 88/1991, de 25 de abril, STC 114/1995 de 6 de julio.

<sup>309</sup> Con más o menos matices también se muestran favorables a estos criterios HERRERO-TEJEDOR, F.; *Honor, intimidad...*, cit., págs. 164-165, LÓPEZ JACOISTE, J.; "Una aproximación tópica...", cit., pág. 1087 y ROVIRA SUEIRO, M.E.; *Op. Cit.*, pág. 45.

<sup>310</sup> AZURMENDI ADARRAGA, A.; *Op. Cit.*, pág. 202.

<sup>311</sup> ROYO JARA, J.; *Op. Cit.*, pág. 94.

<sup>312</sup> HERRERO-TEJEDOR, F.; *Honor, intimidad...*, cit., pág. 165.

más y ha dicho que “si ontológicamente puede estimarse que los derechos fundamentales al honor, intimidad personal y propia imagen son valores absolutos, permanentes e inmutables, es lo cierto que en la realidad práctica, cada persona es soporte y sujeto jurídico de esos derechos, por lo que su tutela efectiva estará en función del celo que en su guarda y custodia manifieste cada persona o imponga el ordenamiento jurídico. Sin duda estos condicionamientos pueden generar una limitación que puede provenir de las leyes, de los valores culturales que en la sociedad se manifiestan en cada momento y de modo muy especial por el propio concepto que cada persona tenga al respecto mediante las denominadas pautas de comportamiento que se deducen de la conducta o actos propios de cada uno” por lo que “quien malbarate estos derechos o no sea celoso custodio de los mismos, no será acreedor a la protección jurídica; pero ésta ha de predicarse de toda persona en tanto en cuanto no se demuestre lo contrario”<sup>314</sup>.

En relación a los hijos menores de edad cabe preguntarse si deben tenerse en cuenta los actos propios de los representantes a la hora de entender que existe una apariencia creada sobre determinados usos de la imagen del hijo menor de edad pues el art. 2.1 de la ley orgánica 1/82 dice que se atenderá al “ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia”. Parecería apoyar esta tesis el hecho de que el art. 3.2 de la citada ley permita a los padres consentir determinadas intromisiones en los derechos al honor, intimidad y honor del menor estableciendo una excepción a la regla general de imposibilidad de ejercer la representación en el ámbito de los derechos de la personalidad del menor pues si se tiene en cuenta su consentimiento también pueden ser relevantes sus actos.

Sin embargo, existen argumentos que nos llevan a tener serias dudas sobre la conveniencia de tener en cuenta los actos propios de los representantes legales en relación a la delimitación del ámbito de protección de los derechos de

---

<sup>313</sup> ROVIRA SUEIRO, M.E.; *Op. Cit.*, pág. 47. Ello también se desprende de los trabajos parlamentarios pues el Ministro de Justicia Cabanillas Galla afirmó en su intervención que lo que se pretendía proteger con este criterio “no es otra cosa que un supuesto más de la gran teoría de la apariencia, es decir, de la confianza creada a terceros sobre el propio modo de entender el honor, la intimidad o la imagen”. Así puede consultarse en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 10 de diciembre de 1981, nº 206, pág. 12299

<sup>314</sup> STS de 29 de marzo de 1988 y 13 de noviembre de 1990.

los menores de edad. En primer lugar, aunque es cierto que el consentimiento de los representantes puede ser relevante, hay que rechazar la idea que los actos propios impliquen un consentimiento tácito a las intromisiones pues aquéllos únicamente delimitan el ámbito de protección del derecho<sup>315</sup>. Además, la representación legal se acepta de forma excepcional en el ámbito de los derechos de la personalidad por lo que no debe aceptarse una suerte de consentimiento presunto de los representantes legales respecto del uso de la imagen del menor. Pero, sobre todo, hay que tener en cuenta que el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 establece que existe intromisión ilegítima en los derechos del menor incluso si consta el consentimiento de los representantes legales siempre que dicha injerencia en el derecho sea contraria al honor o al interés del menor. Si el consentimiento de los padres no se tendrá en cuenta cuando la intromisión en el derecho del menor pueda resultar perjudicial para él tal como establece el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996, con mayor razón, no se tendrán en cuenta sus actos cuando restrinjan el ámbito de protección del derecho del menor.

Por otra parte, el art. 4.5 de la ley orgánica 1/96 establece en relación al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen que “Los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros” y el art. 9.1 de la ley catalana 8/1995, *de 27 de juliol, d’atenció i protecció del infants i els adolescents* dice que “s’ha de preservar els infants i els adolescents de la difusió publicitària de llurs dades personals, de la difusió d’imatges atemptatòries a llur dignitat i de l’explotació econòmica de llur imatge”. Ello unido a la referencia al interés superior del menor de edad al que aluden el art. 2 de la citada ley orgánica y el art. 3 de la ley catalana llevan a sostener que los actos propios de los representantes no deben ser tenidos en cuenta en relación al ámbito de protección de los derechos de los menores cuando su conducta tienda a disminuir esa protección.

Ello no significa que no pueda difundirse la imagen de los menores de edad pues sería artificioso y contrario a los valores culturales imperantes en la sociedad actual, eliminar las imágenes de menores en los medios de

---

<sup>315</sup> ROVIRA SUEIRO, M.E.; *Op. Cit.*, pág. 47.

comunicación. Simplemente se trata de que, en interés del menor, se exija siempre el consentimiento de los padres y se evite mostrar imágenes contrarias al interés del menor o que puedan menoscabar su honor.

En definitiva, los actos propios de los titulares de la patria potestad pueden ser tenidos en cuenta cuando suponen una ampliación del ámbito de protección del derecho<sup>316</sup> pero nunca cuando implican una restricción de la protección del mismo<sup>317</sup>. Recordemos que la representación legal en los derechos de la personalidad de los hijos menores de edad es una situación excepcional por lo que debe interpretarse restrictivamente cualquier acto que pueda comportar un ejercicio de aquélla. Para permitir la intromisión en el derecho a la imagen del hijo menor será necesario el consentimiento de los titulares de la patria potestad y que no se perjudique el interés del menor.

#### **4. INTROMISIONES ILEGÍTIMAS EN EL DERECHO A LA IMAGEN DEL MENOR.**

El art. 7 de la ley orgánica 1/1982 establece una serie de situaciones en las que presume la existencia del daño. Ello supone una novedosa inversión de la carga de la prueba en esta sede pues hasta la entrada en vigor de esta ley el daño, por aplicación del art. 1902 CC, debía probarse. En el orden práctico, la ley ha buscado favorecer la protección del derecho a través de estas presunciones por la dificultad que entrañaba en ocasiones demostrar el daño moral que suponían determinadas actuaciones<sup>318</sup>.

---

<sup>316</sup> Así, la reiterada negativa a prestar el consentimiento a la aparición del menor en medios de comunicación supone una actitud celosa de la protección del honor, intimidad y propia imagen que favorece la protección del derecho del menor.

<sup>317</sup> En la mente de todos están algunos famosos que utilizan a sus hijos para aumentar el valor comercial de su propia imagen y en este caso los actos de los padres son a todas luces reductores del ámbito de protección del menor de edad. O incluso por el concepto que mantienen los padres sobre sus propios derechos, permiten la difusión de su imagen cuando en el ámbito de su vida privada se encuentran con sus hijos.

<sup>318</sup> AZURMENDI ADARRAGA, A.; *Op. Cit.*, págs. 217-218.

Se ha venido afirmando que tales presunciones son *iuris et de iure*<sup>319</sup>. Sin embargo, tal afirmación merece un estudio más detenido. Es cierto que la ley no permite probar que no existe perjuicio por lo que la presunción no puede quedar desplazada por la demostración de la inexistencia del daño y en ese sentido hablaríamos ciertamente de presunción *iuris et de iure*. Sin embargo, hay que tener presente que el juego de la presunción sí puede quedar desplazado por aplicación de las causas de justificación<sup>320</sup> que se recogen en el art. 8 de la ley 1/1982. Cuando se da una de esas causas de justificación no estamos demostrando la inexistencia del daño sino que, muy al contrario, partiendo de la existencia del mismo, se considera que la persona debe soportarlo. En efecto, el interés público inherente en las situaciones legitimadoras de la intromisión ilegítima prima sobre el daño que haya podido sufrir la persona. De esta forma, la presunción se mantiene pero su aplicación se desplaza, no por prueba de la inexistencia del daño, dado que su carácter *iuris et de iure* lo impide, sino por la existencia de una causa de justificación del perjuicio.

También es relevante decidir si estamos ante una enumeración cerrada o bien se trata de una lista abierta. Parte de la doctrina ha entendido que la ley utiliza la técnica penal de la tipificación por lo que es inaceptable admitir otros supuestos de daño al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen al margen de los expresamente regulados en la ley orgánica<sup>321</sup>. Sin embargo, la

---

<sup>319</sup> Así, DE LA VÁLGOMA, María; "Comentario a la ley orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen", en *Anuario de Derechos Humanos*, 1983, Tomo II, pág. 670. En los trabajos parlamentarios de la citada ley orgánica, el Ministro Cabanillas Galla (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, nº 206, de 10 de diciembre de 1981, pág. 12297) afirmaba que el daño moral en la ley 1/82 se presumía *iuris et de iure* mientras que el daño patrimonial debía probarse. Sin embargo, en la ley no queda reflejada tal distinción. En cualquier caso, el daño patrimonial sobre el derecho no debe seguir el régimen de la ley orgánica 1/1982, pensada exclusivamente para la vertiente personal del derecho.

<sup>320</sup> Tomamos la terminología "causas de justificación" de HERRERO-TEJEDOR, F.; *Honor, intimidad...*, cit., págs. 201 y ss. quien hace notar este carácter cuasi penal de las situaciones descritas en el art. 8 de la ley orgánica 1/82.

<sup>321</sup> HERRERO-TEJEDOR, F.; *Honor, intimidad...*, cit., págs. 170 y ss. alega que en el art. 1.1 de la ley orgánica 1/1982 se afirma que se protegen estos derechos frente a "todo género de intromisiones ilegítimas" y si la ley ha regulado éstas en el art. 7, parece que en este precepto deben entenderse incluidas todas esas intromisiones. Sin embargo, este argumento puede utilizarse a *sensu contrario* pues si el art. 1.1 de la ley orgánica 1/82 habla de protección "frente a todo género de intromisiones ilegítimas", todo género de intromisiones ilegítimas deberán entenderse amparadas por la protección de la ley se recojan o no en el art. 7 de la misma. Otra interpretación repugnaría por restringir el ámbito de protección de un derecho fundamental. Otra cosa es que entrarán en conflicto estos derechos y el derecho a la libertad de información en cuyo caso entrarían en juego

propia Exposición de Motivos de la ley orgánica 1/82 establece que se recogen “en términos de razonable amplitud diversos supuestos de intromisión o injerencia que pueden darse en la vida real” por lo que si se recogen “diversos supuestos” parece lógico entender que no se han recogido todos. Además el art. 1.1 de la misma ley afirma que se protegen los derechos frente a todo género de intromisiones ilegítimas por lo que debemos entender que también frente aquellas que no se recogen expresamente. Pero la ley orgánica 1/1996 nos da un argumento definitivo en relación a este tema pues su art. 4.3 señala una serie de intromisiones ilegítimas, que posteriormente serán estudiadas, y añade que también lo será cualquier otra “que sea contraria a sus intereses”. De esta forma la ley orgánica de protección jurídica del menor establece de forma expresa una cláusula abierta en relación a las posibles intromisiones ilegítimas. Por todo ello, parece más adecuado entender que la enumeración que el art. 7 de la ley orgánica 1/1982 hace de las intromisiones ilegítimas se configura como una lista abierta<sup>322</sup>. Lo que ocurre es que, cuando objetivamente se da alguno de los supuestos contemplados de manera expresa como intromisión ilegítima por alguna de las dos leyes orgánicas, se aplicará la presunción legal de daño moral mientras que la cláusula abierta operará siempre y cuando se pruebe de forma previa la existencia de un efectivo perjuicio en la persona. Es decir, hay una inversión de la carga de la prueba pues si en el primer caso el daño se entiende probado por la mera concurrencia del supuesto legal, en el caso de la cláusula abierta el daño debe probarse. Por esta razón, nada obsta para que el Tribunal Constitucional interprete de forma extensiva las intromisiones ilegítimas contempladas en la ley orgánica 1/1982 y la 1/1996 o incluso considere injerencias ilegítimas en el derecho otros supuestos no contemplados en ellos<sup>323</sup>.

---

los mecanismos de ponderación adecuados pero en modo alguno debe restringirse *a priori* la protección de un derecho fundamental. La técnica de la tipificación persigue precisamente garantizar el respeto al derecho fundamental, la libertad, y no puede utilizarse para la finalidad contraria.

<sup>322</sup> Así DÍEZ-PICAZO, Luis-GULLÓN BALLESTEROS, Antonio; *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, Madrid, 1992, págs. 360-361. También así las STSs 28 de octubre de 1986 y de 4 de noviembre de 1986.

<sup>323</sup> En contra, HERRERO-TEJEDOR, F.; *Honor, intimidad...*, cit., pág. 177 que considera que el Tribunal Constitucional no puede cumplir esa función creadora o de interpretación extensiva en el ámbito de los derechos fundamentales porque los arts. 53.1 y 81 CE exigen que los mismos se regulen por ley orgánica.

En relación al menor de edad habrá que tener en cuenta tanto la ley orgánica 1/1982 como la ley orgánica 1/1996 por lo que debe combinarse la interpretación del art. 7.5 y 6 de la ley orgánica 1/1982 con el art. 4.2 y 3 de la ley orgánica 1/1996. El art. 4.2 de la ley orgánica de protección jurídica del menor dispone que la difusión de información, la utilización de imágenes o del nombre en medios de comunicación que conlleven una intromisión ilegítima en la intimidad, honra o reputación del menor o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal que instará las oportunas medidas cautelares y las pertinentes indemnizaciones. El art. 4.3 de la misma ley orgánica dice que se considera intromisión ilegítima cualquier utilización de la imagen del menor o su nombre que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación o que sea contraria a sus intereses.

El precepto es a todas luces confuso y en cierta medida incompleto<sup>324</sup>. En efecto, parece que solamente se considere ilegítima la intromisión que consiste en el uso de la imagen o el nombre, que solamente el uso de la imagen que menoscabe el honor será ilegítimo y que todo ello sólo cuando se produzca en el ámbito de los medios de comunicación. Como se expone a continuación, esta primera lectura supondría una interpretación sesgada e incompleta del precepto.

Es cierto que para que exista una intromisión en el derecho a la imagen debe producirse lógicamente una utilización de la imagen del menor. Ahora bien, no cualquier uso de la misma supone una vulneración del derecho pues, como quedó expuesto, la imagen del menor debe ser reconocible para un tercero<sup>325</sup>, es decir, la imagen que censura la ley es aquella que permite identificar al menor de edad. Así lo confirma el hecho de que junto al uso de la imagen la ley orgánica hable de uso del nombre pues en ambos casos estamos ante elementos

---

<sup>324</sup> De hecho, la doctrina lo ha criticado unánimemente. Así, GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Op. Cit.*, pág. 1692, ALONSO PÉREZ, Mariano; “La situación del menor en la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras”, en *Actualidad Civil*, 1997-1, marg. 17, ref. II, pág. 27, CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L.; *Op. Cit.*, pág. 1839 y RIVERA FERNÁNDEZ; *Op. Cit.*, pág. 6505.

<sup>325</sup> Así, en general respecto de toda persona AMAT i LLARI, E.; “El derecho a la propia imagen como derecho de la personalidad y como derecho patrimonial...”, cit., pág. 150, ROVIRA SUEIRO, M.E.; *Op. Cit.*, pág. 7 y ss., IGARTÚA ARREGUI, F.; *Op. Cit.*, pág. 23 y ROYO JARA, J.; *Op. Cit.*, págs. 28-29.



identificativos de la persona. Por ello, no sería ilegítimo el uso de la imagen del menor cuando se realizara de forma tal que no permitiera reconocerlo<sup>326</sup>. En este sentido se manifiesta la SAP de Vizcaya de 17 de junio de 1998 que entiende que el derecho a la imagen de unos menores que sufrieron un accidente de circulación no se vulneró por el hecho de publicar la escena del siniestro porque en ella no se mostraba el rostro de ninguna de las víctimas sino que simplemente se daba una visión general de la situación que no permitía identificar a los menores.

Creemos que no solamente el uso de la imagen del menor en los medios de comunicación produce una intromisión ilegítima en el derecho sino que también lo será aquél obstáculo que se imponga al menor por sus representantes legales o por terceros que no venga justificado por los usos sociales, la profesión o la protección de los valores constitucionales y los derechos fundamentales del menor acerca de la apariencia física que el menor quiere mostrar. En efecto, cuando el menor de edad tiene madurez suficiente podrá tomar decisiones en relación a su apariencia pues ello forma parte del libre desarrollo de su personalidad en el cual no debe interferirse salvo que concurra alguno de los límites anteriormente citados.

Por otra parte, del art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 podría deducirse que sólo cuando la imagen del menor que se utiliza menoscaba su honor estaremos ante una intromisión ilegítima en su imagen. Pero no debe llegarse a esa conclusión pues el uso de la imagen será ilegítimo cuando menoscabe su honor, su intimidad o cualquier otro derecho de forma que se vulnere el libre desarrollo de la personalidad del menor. Así lo confirma el art. 7.5 de la ley orgánica 1/1982 que considera ilegítima la captación, reproducción o publicación por cualquier medio de la imagen de una persona en el ámbito de su intimidad. Es decir, cuando mediante la imagen se muestre una situación perteneciente a la vida privada del menor habrá una intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad y en su derecho a la imagen. Pero sobre todo es aquí relevante el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 que dice que existirá intromisión ilegítima en el honor, la intimidad o la imagen del menor cuando se use su nombre o su imagen en los

---

<sup>326</sup> Suele utilizarse la técnica de desdibujar el rostro del menor cuando aparece en los medios de comunicación.

medios de comunicación de forma que se menoscabe su honra o reputación o se perjudique su interés. En efecto, se dice en este artículo que habrá intromisión ilegítima en el derecho cuando se utilice la imagen del menor de forma que se menoscabe el honor o el interés del menor, es decir, cuando con el uso de la imagen del menor se vulnere el libre desarrollo de su personalidad o cualquiera de sus derechos fundamentales<sup>327</sup>. La ley, por tanto, hace referencia expresa a la ilegitimidad de la imagen que perjudique el honor del menor pero la referencia al interés de éste supone que también será ilegítima la imagen que vulnere la intimidad del menor, cualquier otro de sus derechos fundamentales o en general el libre desarrollo de su personalidad<sup>328</sup>. En cualquier caso, hay aquí una inversión de la carga de la prueba pues el daño ya no se presume cuando se da determinada situación sino que se deberá probar que ésta produce un daño porque es contraria al interés del menor.

La novedad de la ley orgánica 1/1996 es que establece que cuando el uso de la imagen del menor es contraria al libre desarrollo de su personalidad o a cualquiera de sus derechos fundamentales estaremos ante una intromisión

---

<sup>327</sup> ROCA TRÍAS, E.; *Familia y cambio social...*, cit., pág. 216-220 y RIVERO HERNÁNDEZ, F.; *El interés del menor*, cit., pág. 108 y ss. coinciden en que el interés del menor consiste en la protección de sus derechos fundamentales y el libre desarrollo de su personalidad.

<sup>328</sup> Esta interpretación es muy útil a la hora de afrontar determinadas situaciones frecuentes en los medios de comunicación en las que intervienen menores de edad. Es frecuente observar en los medios de comunicación algún anuncio de pañales en el que aparecen menores de muy corta edad. Pues bien, un observador atento podrá comprobar que se ha producido un cambio en los mismos. Antes se nos mostraba la imagen de un menor desolado porque los pañales que usaba le producían picor e irritaciones y no absorbían lo suficiente y ello provocaba la lógica empatía y solidaridad del espectador dispuesto a comprar el pañal que evitara tal situación. Actualmente se nos muestra un bebé risueño y feliz porque usa los pañales anunciados con lo cual se pretende que todos los padres preocupados por sus hijos compren tales pañales para ver a su hijo igual de risueño y feliz. La finalidad comercial es la misma pero el procedimiento por el cual se persigue es distinto. En el primer caso, teniendo en cuenta que estamos a un menor de muy corta edad que no puede actuar, se ha provocado ese sentimiento de desolación en el menor lo cual no es directamente contrario ni a su honor, ni a su intimidad ni a su propia imagen pero sí es claramente contrario a su interés. En el segundo caso no se menoscaba su interés. Probablemente la evolución publicitaria no es casual.

Por otra parte, quizás un caso todavía más evidente es aquél en el cual el menor aparece al lado de sus padres en los medios de comunicación. Se trata de unos padres que utilizan su imagen y su intimidad como forma de ganarse la vida y que utilizan a sus hijos para aumentar el valor comercial de su imagen pública. En este caso, parece que debe entenderse que existe consentimiento de los padres sobre la difusión de la imagen del hijo e incluso, en algunos casos, podría entenderse que el menor aparece de forma accesoria y, sin embargo, se está actuando de forma contraria al interés del menor. La parafernalia que rodea la captación de su imagen le resulta perjudicial y por ello, en este caso estaría legitimada la intervención del Ministerio Fiscal.

ilegítima en su derecho incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales<sup>329</sup>. Por tanto, el criterio para determinar la existencia de intromisión ilegítima en el derecho del menor es objetivo pues se tiene en cuenta el efectivo perjuicio de su interés con independencia de que se haya prestado el

---

<sup>329</sup> De esta forma se evita tener que hacer piruetas argumentales para considerar que existe intromisión ilegítima en el derecho del menor aunque exista consentimiento de los representantes legales. Así sucedió en la SAP de Madrid de 11 de marzo de 1999 en la que se afirma que una madre inmigrante en dificultades económicas graves cuya hija ha sido declarada en situación de desamparo no puede haber prestado de forma libre el consentimiento para que la menor aparezca en un programa televisivo. Los hechos sucedieron en 1994 momento en que la ley orgánica 1/1996 todavía no había sido promulgada por lo que no era de aplicación su art. 4.3. Sin embargo, es evidente que el tribunal tuvo en cuenta la aparición en el programa televisivo por la menor provoca un perjuicio objetivo en su interés no justificable por la existencia de interés público en la noticia.

En cambio, en la STS de 16 de marzo de 2003 el Tribunal Supremo considera que no hay intromisión ilegítima en el derecho a la imagen de un menor de 14 años que apareció en un programa de televisión explicando una serie de problemas familiares y de agresiones recibidas porque tanto la madre como el menor habían prestado su consentimiento. La sentencia es criticable por varios motivos. En primer lugar es discutible que el menor tuviera madurez suficiente para prestar el consentimiento conforme al art. 3.1 de la ley orgánica 1/1982 por cuanto, como se declara probado en la sentencia, sufría un ligero retraso mental. De hecho, la SAP de Madrid de 23 de mayo de 1997 que juzgó el caso en apelación afirmó que “la edad de Nuno Jorge, 14 años, y la situación de limitación en que se encontraba, tras haber recibido dos días antes cinco puñaladas, son elementos que influyen en su conocimiento y voluntad a efectos de poder decidir si tenía la madurez suficiente para rechazar o consentir válidamente a lo que la empresa de televisión solicitó de él, que merece una respuesta negativa, es decir, no había tal madurez, criterio que queda reforzado por dato conocido posteriormente de que sufría un ligero retraso mental, siendo irrelevante que esto lo ignoraran quienes entrevistaron al menor, pues esta ignorancia sólo elimina una de las formas de culpabilidad, la dolosa o maliciosa, no la imprudencia”. Además, para que el consentimiento de la representante legal fuera válido, debía haber sido comunicado previamente al Ministerio Fiscal lo cual no sucedió. Por otra parte, aunque los hechos sucedieron en 1995 cuando todavía no había sido promulgada la ley 1/1996, en el momento de redacción de la sentencia por el Tribunal Supremo, que, por cierto revoca las anteriores que sí apreciaban la existencia de intromisión ilegítima, el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 ya había entrado en vigor por lo que debía haberse tenido en cuenta por el tribunal. Es evidente que a través del uso de la imagen del menor se han vulnerado su derecho a la intimidad, su honor y el libre desarrollo de su personalidad al revelarse datos que pertenecen a la vida privada y que no tienen valor informativo. Así lo declaraba probado la SAP de Madrid de 23 de mayo de 1997 al afirmar que los datos proporcionados “pertenecen a la esfera familiar y privada y las tensiones entre el niño y la familia y sus consecuencias han sido dadas a la publicidad, con un resultado evidentemente negativo para él, cuya imagen en pantalla queda asociada a este conjunto de circunstancias influyentes desfavorablemente en quien está afectado por las mismas cuya notoriedad y publicación por la cadena televisiva necesariamente agrava el mal”. Por ello, en base a lo dispuesto por el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996, debería ser irrelevante el consentimiento prestado por el menor o su representante legal.

En la SAP de Madrid de 30 de abril de 2001 se dice que en base al art. 4 de la ley orgánica 1/1996 se considera “intromisión ilegítima cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honor o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales (art. 4.3), con lo que la finalidad de la norma ha de cumplirse siempre, pese a que el menor dé su consentimiento: se considera intromisión ilegítima sin distinción de casos”. Sin embargo, la sentencia considera que la difusión de las imágenes de una menor que había sido secuestrada por su padre en el programa Quién sabe dónde no vulneraban el interés de la menor y que los hechos se produjeron con anterioridad a la entrada en vigor de la ley orgánica 1/1996 por lo que ésta no era aplicable.

consentimiento o no a la intromisión. En otras palabras, el consentimiento de los representantes legales del menor o del menor mismo ya no actúa como causa de justificación de la intromisión. Se produce una modificación del art. 3 de la ley orgánica 1/1982 por el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 que es una ley de igual rango que la primera pero posterior en el tiempo y con un mayor grado de especialidad en la materia que trata.

Por último, podría pensarse que sólo hay intromisión ilegítima en la imagen del menor cuando ésta aparece en los medios de comunicación porque así parece deducirse del art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996. Sin embargo, ello no es más que el resultado de la profunda preocupación del legislador por proteger al menor de los abusos que se cometen en este ámbito por lo que debe interpretarse que también habrá intromisión ilegítima en la imagen del menor cuando se haga un uso incorrecto de ella en cualquier otro medio como los dedicados a la publicidad o a actividades comerciales<sup>330</sup>, internet,...

## **5. EL CONSENTIMIENTO.**

### **5.1. Introducción.**

El art. 2 de la ley orgánica 1/1982 afirma que no existe intromisión ilegítima en el derecho a la imagen cuando se manifieste un consentimiento expreso por parte del titular de tal derecho. Sin embargo, como ha puesto de relieve la doctrina<sup>331</sup>, esta previsión se contradice con lo dispuesto en el art. 1.3 de la misma ley orgánica que establece que los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen son derechos irrenunciables, inalienables e imprescriptibles. La doctrina ha sostenido que tal contradicción se salva considerando que este consentimiento no es una renuncia al derecho mismo sino a la facultad de iniciar acciones legales de tal manera que sería una especie de cláusula de exclusión de la

---

<sup>330</sup> ROVIRA SUEIRO, M.E.; *Op. Cit.*, págs. 123-124 que dice que también podrá proceder de la medios comerciales o de publicidad.

<sup>331</sup> CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto; "Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen", en *Anuario de Derecho Civil*, 1994-3, pág. 43, GITRAMA GONZÁLEZ, M.; "El derecho a la propia imagen, hoy"..., *cit.*, pág. 218, ROYO JARA, J.; *Op. Cit.*, pág. 100.

antijuridicidad<sup>332</sup> y que aquél no implica una abdicación total del derecho sino tan sólo el parcial desprendimiento de alguna de sus facultades<sup>333</sup>.

En cualquier caso, no debemos entender este consentimiento como una manifestación del consentimiento generador de un vínculo obligacional sino que se trata de una autorización cuyo efecto es la supresión de la ilicitud y en ningún caso el de ser fuente de obligaciones<sup>334</sup>. Debe diferenciarse claramente entre el ejercicio de un derecho fundamental y la celebración de un contrato en el que se encuentra involucrado tal derecho<sup>335</sup>. Cuando se autoriza la intromisión en el derecho a la imagen sin que ni el titular del derecho ni quien realiza la intromisión persigan su valor comercial, se ejerce el derecho a la imagen. No entra en juego el contenido patrimonial del derecho por lo que no se celebra aquí un contrato y, por tanto, debe tratarse el tema desde el punto de vista de la protección de un derecho fundamental y de la personalidad. Por el contrario, estamos ante un contrato cuando el titular del derecho concede a un tercero de forma onerosa o gratuita, un derecho de explotación de su imagen lo cual implica que ésta tiene un valor de mercado<sup>336</sup>.

La cuestión tiene especial relevancia porque no es igual la capacidad exigida para ejercer un derecho fundamental que para celebrar un contrato sobre el mismo y, sólo si se diferencian claramente estas dos situaciones, se puede comprender el tema del consentimiento de los representantes legales del menor en esta sede. En efecto, el menor puede prestar por sí mismo el consentimiento

---

<sup>332</sup> ROYO JARA, J.; *Op. Cit.*, pág. 101, AZURMENDI ADARRAGA, A.; *Op. Cit.*, pág. 205, SANTOS MORÓN, María José; *Incapacitados y derechos de la personalidad: Tratamientos médicos. Honor, intimidad e imagen*, Madrid, 2000, pág. 179 y CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis; *Honor, intimidad e imagen*, Barcelona, 1996, pág. 123.

<sup>333</sup> Así se expresa la Exposición de Motivos y autores como ROYO JARA, J.; *Op. Cit.*, pág. 100, AZURMENDI ADARRAGA, A.; *Op. Cit.*, pág. 205 y GITRAMA GONZÁLEZ, M.; "El derecho a la propia imagen, hoy"..., *cit.*, pág. 218.

<sup>334</sup> ROVIRA SUEIRO, M.E.; *Op. Cit.*, págs. 69 y ss.

<sup>335</sup> SANTOS MORÓN, M.J.; *Op. Cit.*, pág. 180.

<sup>336</sup> SANTOS MORÓN, M.J.; *Op. Cit.*, pág. 184. En cambio, AZURMENDI ADARRAGA, A.; *Op. Cit.*, pág. 205 entiende que sólo existe contrato cuando se trata de una cesión onerosa pero nos parece más acertado atender al valor económico que objetivamente tenga la imagen con independencia de que dicho valor haya sido remunerado o no en la práctica.

en actos relativos a los derechos de la personalidad cuando tiene madurez suficiente excluyéndose la representación legal en este caso. Sin embargo, en la celebración de un contrato sobre la imagen existe un ejercicio del derecho de la personalidad que puede realizar el menor por sí mismo cuando tenga suficiente madurez pero también se da un consentimiento contractual por lo que será necesario estudiar la conveniencia del complemento de la capacidad del menor.

Dicho esto, hay que tener en cuenta que el derecho de explotación económica del derecho a la imagen presupone la autorización para que exista una intromisión en el aspecto fundamental del mismo<sup>337</sup>. En otras palabras, la celebración de un contrato sobre el derecho a la imagen tiene principalmente un contenido patrimonial pero también implica un previo ejercicio del derecho en su vertiente personalista o fundamental. Ello sin perjuicio de que cuanto mayor sea la explotación económica del derecho por parte del titular, menor atención deberá prestarse a su vertiente personal<sup>338</sup> pues, no es que se haya renunciado al derecho, que es por definición irrenunciable, sino que se ha hecho dejación del mismo<sup>339</sup>. Estas reflexiones deberían ayudarnos a interpretar el controvertido art. 2.3 de la ley orgánica 1/1982 que se comentará posteriormente y que establece que 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”.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el art. 2.2 de la ley orgánica 1/1982 exige que el consentimiento que autorice la intromisión sea expreso. La

---

<sup>337</sup> Así, AMAT i LLARI, E.; “El derecho a la propia imagen como derecho de la personalidad y como derecho patrimonial...”, cit., pág. 137.

<sup>338</sup> Parece deducirse de AMAT i LLARI, Eulalia; *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*, Madrid, 1992, pág. 51.

<sup>339</sup> Se trata de evitar lo que se ha denominado por GITRAMA GONZÁLEZ, M.; “El derecho a la propia imagen, hoy”..., cit., pág. 220-221 “protección hipócrita” del derecho a la imagen quien hace notar que ello no es óbice para que con posterioridad la persona pueda rectificar su actitud y “haciendo uso de una suerte de facultad de arrepentimiento decida hacer valer su d.p.i., que nunca le abandonó -por ser irrenunciable- por más que lo tuviese relegado al ostracismo”. En efecto, cuando la propia persona comercia con el derecho en busca de notoriedad personal priorizando la explotación económica y despreciando el aspecto personalista no puede después reivindicar una protección estricta del derecho fundamental sin que con ello deba entenderse en modo alguno que la protección de la vertiente personal del derecho pueda llegar a desaparecer pues simplemente queda matizada.

doctrina se muestra unánime en la conveniencia de tal exigencia<sup>340</sup> aunque se considera que ésta ha sido cumplida cuando de los actos de la persona se desprende de forma inequívoca que ha querido prestar dicho consentimiento<sup>341</sup> pero en ningún caso cabe que el consentimiento sea presunto<sup>342</sup>.

Además, deberá hacerse una interpretación restrictiva en relación al consentimiento por lo que cuando la ley orgánica 1/1982 diferencia entre captación, reproducción y publicación, ha de entenderse que se exige el consentimiento para cada uno de estos actos, sin perjuicio de que obviamente determinados actos presuponen otros por lo que si se presta el consentimiento para la publicación también se presta para la captación y reproducción<sup>343</sup>.

La interpretación restrictiva debe realizarse no sólo en relación al objeto sobre el que recae el consentimiento, sino también en relación a la finalidad para la que se presta el consentimiento<sup>344</sup>. Así la SAP de Vizcaya de 18 de mayo del 2000 considera que el consentimiento prestado para la divulgación de la imagen de una madre con su hijo recién nacido con motivo de ser el primer parto del año no legitima a la divulgación de esa imagen en un reportaje sobre la transmisión del sida a través de la gestación.

Finalmente el elemento temporal también debe interpretarse de forma restrictiva de tal manera que, si no se ha establecido una duración determinada

---

<sup>340</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.; *Op. Cit.*, pág. 137, ROVIRA SUEIRO, M.E.; *Op. Cit.*, pág. 78-83, GITRAMA GONZÁLEZ, M.; "El derecho a la propia imagen, hoy"..., *cit.*, pág. 219 y AZURMENDI ADARRAGA, A.; *Op. Cit.*, pág. 207.

<sup>341</sup> Así, la actitud de posar permite entender que la persona fotografiada ha dado su consentimiento para que se realice la captación de su imagen (STS 3 de noviembre de 1988).

<sup>342</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.; *Op. Cit.*, pág. 137, AZURMENDI ADARRAGA, A.; *Op. Cit.*, pág. 207 e IGARTÚA ARREGUI, F.; "El derecho a la imagen en la jurisprudencia española", en *Op. Cit.*, pág. 325.

<sup>343</sup> ROVIRA SUEIRO, M.E.; *Op. Cit.*, pág. 78-83 y CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L.; Honor, intimidad,...", *cit.*, pág. 128-129. Así también STS 3 de noviembre de 1988.

<sup>344</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.; *Op. Cit.*, págs. 138-140, CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L.; Honor, intimidad,...", *cit.*, pág. 130-131 y ROYO JARA, J.; *Op. Cit.*, pág. 70-71 quien recoge una serie de sentencias de Tribunales franceses en este sentido.

Por ello, si, por ejemplo, los representantes legales prestan el consentimiento para que sus hijos participen en un anuncio de pañales no cabe entenderlo prestado para que los menores de edad participen en un espacio de publicidad de un partido político.

del consentimiento, no se podrá entender que ésta es ilimitada<sup>345</sup>. La vigencia *sine die* del consentimiento es contraria al principio general de interpretación restrictiva, es decir, la interpretación más favorable para el derecho a la imagen<sup>346</sup>. Habrá que entender que el consentimiento se dará por un tiempo “razonable” y siempre que no hayan cambiado las circunstancias de forma sustancial como sucedía en el supuesto descrito en el Auto del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1999. En éste se analizaba el supuesto de una menor que sufría malos tratos de sus padres biológicos lo cual provocó una situación de desamparo y posterior acogimiento familiar que culminó en la adopción de la menor. Se planteaba la posible vulneración del derecho a la imagen porque se realizaron unas fotografías de la menor en el hospital mientras se recuperaba de las heridas sufridas y se publicaron posteriormente cuando la menor ya había sido dada en adopción. Con independencia de que en su momento se hubiera dado o no el consentimiento por quien procediera, consentimiento que además no se daba en el caso de autos, es evidente que la situación familiar de la menor había cambiado sustancialmente desde el momento en que las fotografías fueron captadas por lo que el derecho a la imagen fue vulnerado.

## **5. 2. Consentimiento y capacidad para consentir.**

El art. 3.1 de la Ley orgánica 1/1982 dispone que el consentimiento de los menores “deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil”. Con ello no se hace más que determinar lo que ya establecen con carácter general el art. 162 CC y el art. 155.2 CF que eliminan la representación legal de los padres en relación a los actos relativos a los derechos de la personalidad siempre y cuando el menor tenga madurez suficiente para realizarlos por sí mismo.

La actual redacción mejora la del art. 3.1 del proyecto de ley de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen<sup>347</sup>

---

<sup>345</sup> O´CALLAGHAN MUÑOZ, X.; *Op. Cit.*, págs. y ROVIRA SUEIRO, M.E.; *Op. Cit.*, pág. 86.

<sup>346</sup> ROVIRA SUEIRO, M.E.; *Op. Cit.*, pág. 86.

<sup>347</sup> *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*. I Legislatura. Serie A: proyectos de ley, 19 de diciembre de 1979, nº 104-I, pág. 639.



que establecía que “Los incapaces mayores de doce años y los menores que tengan suficiente uso de razón habrán de contribuir junto con su representante legal la prestación del consentimiento o su revocación”. Fruto de la tramitación parlamentaria<sup>348</sup>, se sustituyó, acertadamente, la referencia a la contribución del menor con suficiente juicio a la prestación del consentimiento por la prestación misma de ese consentimiento por el menor. Así, la ley orgánica es respetuosa con la norma de la interpretación restrictiva de las limitaciones de la capacidad de obrar y con la evolución sociolegislativa que ha marcado el derecho de los menores de edad en las dos últimas décadas<sup>349</sup>.

Sin embargo, el problema que estos preceptos plantean es evidente. Parece claro por una parte, que cuando el menor tiene suficiente madurez podrá actuar por sí mismo en relación a aquellos actos relativos a los derechos de la personalidad y, por otra parte, tampoco aparecen dudas en relación a la afirmación de que el menor de edad tiene su capacidad de obrar limitada en el ámbito contractual. Ahora bien, qué sucede cuando aquellos actos relativos a derechos de la personalidad y que el menor podría, en principio, realizar por sí mismo, revisten a su vez forma contractual pues los arts. 162 *in fine* CC y 156 CF establecen que el menor con madurez suficiente deberá consentir los contratos que supongan la realización de una prestación personal.

La doctrina se halla dividida al respecto e intenta solucionar el problema haciendo primar bien la actuación de los representantes legales, bien la del

---

<sup>348</sup> Así, el Sr. Pons Irazabal del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso afirmó: “Entendemos que debe reforzarse con la máxima energía la participación del menor o incapaz en la prestación de ese consentimiento. Nosotros hubiéramos preferido que en lugar de decir que el consentimiento se presta por el concurso del representante legal y del menor, se hubiera dicho que el consentimiento del menor que está en condiciones, de alguna manera, de prestarlo, debe ser prestado por el propio menor, aun a riesgo de que no sea capaz de calibrar todas las consecuencias de índole económica o de otra naturaleza que puedan plantearse, asistido por su representante legal; pero que el consentimiento lo preste el menor”. El Sr. Trías de Bes i Serra del Grupo Parlamentario Minoría Catalana se manifestó de forma similar aunque de forma indirecta pues dice que el art. 3 “no hace sino alterar el régimen normal de la prestación del consentimiento y, por tanto, nosotros creemos que esta ley no es lugar para alterar este régimen normal de prestación del consentimiento y que, en todo caso, éste debe prestarse según la legislación civil”. Ambas intervenciones en *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados, 10 de diciembre de 1981, nº 206, pág. 12302-12303.

<sup>349</sup> Resalta esta evolución VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario; “El trabajo del menor de edad”, en *La tutela de los derechos del menor. 1er Congreso Nacional de derecho Civil*, Córdoba, 1984, pág. 415.

menor. Así, cierto sector doctrinal sostiene que el menor tiene capacidad para actuar por sí mismo pero que ésta deberá ser complementada por los representantes legales<sup>350</sup>. Otra doctrina entiende, en cambio, que los menores no tienen capacidad para contratar<sup>351</sup> por lo que el contrato deberá ser realizado por los representantes para garantizar la seguridad jurídica en el tráfico si bien será necesario el consentimiento del menor con suficiente madurez para complementar la legitimación de los padres<sup>352</sup>. Ambas tesis sugieren, por tanto, que la solución pasa por entender que la capacidad debe atribuirse sólo a los representantes o sólo a los menores con madurez suficiente sin perjuicio de los necesarios complementos de legitimación o capacidad. Y al respecto hay que hacer algunas consideraciones.

Cuando estamos ante un acto relativo a un derecho de la personalidad que no supone un vínculo contractual, debe entenderse que el menor con madurez suficiente tiene la capacidad natural exigida para actuar por sí mismo sin necesidad siquiera de que ésta sea completada. Así sucedería cuando el menor da su autorización para que le sea realizada una fotografía o con el fin de aparecer en televisión para dar su opinión sobre la manifestación a la que asiste.

---

<sup>350</sup> Así CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L.; Honor, intimidad,..., *cit.*, pág. 136 y el mismo autor "El consentimiento en la ley 1/82 de 5 de mayo, con especial referencia al prestado por menores e incapaces", en *La ley*, 1997-I, pág. 1839, ROYO JARA, J.; *Op. Cit.*, pág. 111 y GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel; "Imagen", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, 1962, pág. 345 donde afirma que "en general la persona de capacidad restringida puede ejercitar por sí los derechos inherentes a su personalidad, resulta que los padres representantes legales, quizá más que representar, deberán entonces asistir al menor, protegiéndole cuando, pongamos por caso, él dé su consentimiento a la publicación de su retrato, bastando para ello que tal menor tenga, a más del uso de razón, suficiente conocimiento natural"

<sup>351</sup> AMAT I LLARI, E.; *Op. Cit.*, pág. 12 que afirma que en el caso del derecho a la imagen el consentimiento del titular para su utilización no es una mera autorización, como sucedería en el caso de la intimidad sino un consentimiento contractual que supone un acuerdo para la cesión de la imagen con o sin exclusiva, consentimiento que debe ser prestado por persona con capacidad para contratar", CREVILLÉN SÁNCHEZ, Clemente; *Derechos de la personalidad. Honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*, Madrid, 1994, pág. 106 y SALVADOR CODERCH, Pablo; *El mercado de la ideas*, Madrid, 1990, pág. 382 quien sostiene que cuando la ley orgánica 1/82 exige el consentimiento del menor "no ampara la contratación por menores de edad, entre otras cosas, porque no piensa en ella: trata del ejercicio de los derechos de la personalidad que regula, y confirma su ejercicio, en la medida de lo posible, como algo personalísimo".

<sup>352</sup> Así, SEISDEDOS MUIÑO, Ana; "La patria potestad", en *Manual de Derecho Civil* (PUIG FERRIOL y otros), Valencia, 2001, pág. 219.

Los problemas aparecen cuando el acto relativo al derecho de la personalidad es un contrato que normalmente supone la realización de una prestación personal (anuncio, película,...) pues coexisten aquí el consentimiento sobre el uso de la imagen y el consentimiento contractual. El menor que tenga madurez suficiente deberá prestar su consentimiento a la intromisión en el derecho a la imagen y su consentimiento al contrato que suponga una prestación personal mientras que los representantes legales deberán completar la capacidad contractual del menor. El consentimiento contractual, por tanto, lo presta el menor de edad aunque éste deberá ir acompañado del de su representante para completar su capacidad y evitar la anulabilidad del contrato.

### **5.2.1. El consentimiento al uso de la imagen en tanto derecho de la personalidad.**

Los arts. 162.2 CC y 155.2 CF establecen que, según ha quedado expuesto *ut supra*, cuando el menor tenga madurez suficiente deberá ejercer por sí mismo sus derechos de la personalidad. De ahí que el art. 3.1 de la ley orgánica 1/1982 establezca que será el menor con suficiente madurez quien deba prestar el consentimiento a cualquier intromisión en su derecho a la imagen “de acuerdo con la legislación civil”. Cuando el menor tiene suficiente capacidad natural, sólo él está legitimado para intervenir en el ámbito de sus derechos de la personalidad de manera que sólo él puede consentir cualquier posible injerencia en su derecho a la imagen<sup>353</sup>. Aquel contrato que suponga una cesión del derecho a la imagen implica la existencia de un consentimiento contractual, que normalmente no puede prestar el menor por sí solo, pero también el consentimiento a la intromisión en el derecho a la imagen y éste sólo puede prestarse por el menor si tiene madurez suficiente. Por ello, necesariamente deben coexistir el consentimiento contractual prestado por el menor normalmente con el complemento del representante legal y el consentimiento a la intromisión en el derecho a la imagen prestado por el menor.

---

<sup>353</sup> Así en la STS de 19 de julio del 2000 considera que un menor de dieciséis años tiene madurez suficiente para consentir el uso de su imagen en un concurso de televisión de cierto contenido picante por lo que su padre no puede pretender que se ha utilizado la imagen del menor de forma injustificada porque no existe consentimiento del representante legal.

Cuestión diferente es qué ocurre cuando el menor no tiene capacidad natural para ejercer sus derechos de la personalidad. Pese a que, como quedó expuesto, la regla general que se desprende de los arts. 162.2 CC y 155.2 CF es que no cabe la representación legal en el ámbito de los derechos de la personalidad, nos encontramos aquí ante una de las excepciones a dicha norma. En efecto, el art. 3 de la ley orgánica 1/1982 establece que, cuando el menor no tenga suficiente juicio, serán sus representantes legales quienes prestarán su consentimiento a la intromisión en los derechos al honor, intimidad y propia imagen, previo control del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez. Por tanto, dos garantías están implícitas en esta excepción a la regla general, a saber: la función protectora de los representantes legales y la intervención del Ministerio Fiscal<sup>354</sup>.

Los representantes legales son los encargados de llevar a cabo la función pública de protección de los bienes jurídicos de la personalidad del menor de edad por lo que, al margen de que su actuación suponga un auténtico ejercicio de derecho de la personalidad del menor, deben asegurarse de que ello no entraña un perjuicio para el bien jurídico protegido por el derecho subjetivo. Ahora bien, para asegurar que tal función pública se realiza correctamente, el ordenamiento jurídico prevé el preceptivo control por parte del Ministerio Fiscal que deberá analizar si realmente la actuación de los representantes legales es respetuosa con los bienes jurídicos de la personalidad del menor. En caso de no creerlo así, el Fiscal lo pondrá en conocimiento del Juez quien tomará las medidas oportunas en base a los arts. 158.3 CC y 134.1 CF. Por ello, el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 establece que, aunque conste el consentimiento de los representantes legales o del propio menor, habrá intromisión ilegítima y, por tanto, deberá intervenir el Ministerio Fiscal cuando se menoscabe la honra o reputación del menor o se perjudique su interés. El ejercicio de los derechos de la personalidad por los representantes legales no es libre sino que está sometido al cumplimiento de una función social que se controla desde las instituciones públicas de tal manera que la actuación de los representantes legales no tendrá efecto cuando sea contraria al interés del menor.

---

<sup>354</sup> ROCA TRÍAS, E.; *Familia y cambio social...*, cit., págs. 237-238.

Pese a todos estos controles debe afirmarse que los padres actuarán como representantes legales en el ámbito del derecho a la imagen del menor cuando éste no tenga madurez suficiente para ejercer el derecho por sí mismo. Por tanto, cuando el menor no tenga madurez, serán los representantes legales quienes consientan la intromisión en el derecho a la imagen del menor.

### **5.2.2. El consentimiento contractual: intervención de los representantes y del menor.**

Cuando el contrato, como sucederá en la mayor parte de los casos, suponga la obligación de realizar una prestación personal, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 162 *in fine* que establece que para “celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el art. 158”. Por su parte, el art. 156 CF dice que para “qualsevol acte que impliqui alguna prestació personal dels fills, es requereix el seu consentiment si tenen dotze anys o més, o si, tenint-ne menys de dotze, tenen prou coneixement” lo cual, como después se analizará en detalle, aporta luz a la cuestión de cuándo el menor tiene madurez suficiente para prestar por sí mismo el consentimiento a la realización de prestaciones personales.

En realidad, el art. 162 *in fine* CC no es más que una aplicación de lo dispuesto con carácter general en el art. 162.2 CC como lo es el art. 156 CF respecto de lo establecido en el art. 155.2 CF. En efecto, toda obligación supone la vinculación de la libertad personal<sup>355</sup> y ello es especialmente marcado en las que suponen la realización de una prestación personal por lo que es lógico que, al margen de la autorización del menor con madurez suficiente a las intromisiones en el derecho fundamental a la imagen, el legislador exija también el consentimiento contractual de ese menor en relación a los contratos que supongan la realización de una prestación personal.

Por ello, cuando se realice un contrato sobre el derecho a la imagen del menor que obligue a éste a realizar una prestación personal, el menor con

---

<sup>355</sup> PUIG FERRIOL, Lluís; *Manual de Derecho Civil*, Madrid, 1996, pág. 18.

madurez suficiente deberá prestar su consentimiento no sólo respecto a la intromisión en el derecho a su imagen sino también respecto a la celebración del contrato que suponga la realización de una prestación personal. Mientras que el consentimiento a la intromisión en la imagen es una mera autorización, el consentimiento a la realización de una prestación personal es un verdadero consentimiento contractual. Los representantes legales deberán completar la capacidad contractual del menor prestando a su vez su consentimiento.

Una segunda cuestión más problemática es analizar qué sucede cuando el menor no tiene madurez suficiente para prestar por sí mismo el consentimiento a la realización de la prestación personal. La duda es si el consentimiento podrá prestarse por sus representantes legales dado que estamos ante la celebración de un contrato o si, por el contrario, no cabe aquí la representación legal pues ese contrato supone el consentimiento a la intromisión en el derecho a la imagen y la vinculación de la libertad del menor de edad.

En relación al derecho a la imagen ya ha quedado expuesto *ut supra* que excepcionalmente cabe la representación legal pero en relación a los contratos que suponen la realización de una prestación personal y que, por tanto, comprometen la libertad personal del menor, podría entenderse aplicable aquí lo dispuesto en los arts. 162.2 CC y 155.2 CF en relación a los derechos de la personalidad. Es decir, salvo en aquellos casos en que esté legalmente permitida la representación legal, lo cual aparentemente no sucede en este caso, cuando el menor no tenga madurez suficiente para ejercer por sí mismo su derecho, no cabrá la representación legal de los padres.

A este respecto, se ha sostenido que, cuando el menor no preste por sí mismo el consentimiento porque no tiene suficiente madurez para ello, los representantes no podrán consentir en nombre del menor un contrato que le vincule a la realización de una prestación personal sino que lo harán en su propio nombre<sup>356</sup>. Es decir, son los representantes quienes se obligan a conseguir que el

---

<sup>356</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús en LACRUZ BERDEJO, J.L.; *Elementos de Derecho Civil*, Vol. I-2º, Madrid, 2000, pág. 128 donde afirma que en este caso más bien “será un contrato de

menor efectivamente realice la prestación personal por lo que serían ellos quienes quedarían obligados a realizar la prestación, conseguir que el menor realice determinada actividad, y, por tanto, quienes responderían de un posible incumplimiento y no el menor que no quedaría obligado contractualmente.

Sin embargo esta tesis presenta algunos obstáculos. En primer lugar, es cierto, que, en tanto que los representantes serían los obligados contractualmente, serían éstos y no el menor quienes responderían en caso de incumplimiento pero ello precisamente puede comportar una poco aconsejable presión sobre el menor para que efectivamente realice la actividad a la que sus representantes se han obligado. Debe hacerse notar que la obligación contractual adquirida por los padres implica la realización de determinada actividad por el menor de tal manera que si el menor la realiza, los padres o el tutor habrán cumplido su prestación pero si el menor no lo hace, aquéllos habrán incumplido.

Un segundo problema sería que, si bien es cierto que en aplicación de esta tesis los responsables del incumplimiento serían los padres o el tutor y no el menor, también lo es que en base al principio de relatividad contractual, los beneficiados con la contraprestación contractual también serían los progenitores o el tutor (art. 1257.1 CC). Es decir, si quien se obliga a conseguir un resultado son los representantes también son ellos los acreedores de la contraprestación. Sin embargo, como ha quedado expuesto, el cumplimiento de los representantes depende de la efectiva actuación del menor por lo que, permitir que la contraprestación incremente el patrimonio de aquéllos y no repercuta en beneficio del menor, puede suponer una explotación infantil.

Una solución a estos problemas sería entender que, cuando los padres o el tutor celebran un contrato sobre la imagen del menor del cual resulta la obligación de realizar una prestación personal por éste, estamos en realidad ante una promesa de hecho ajeno. La promesa de hecho ajeno es aquél contrato por el cual el promitente se obliga a conseguir que un tercero ajeno a la relación contractual se obligue a realizar determinada prestación o la cumpla de tal

---

los padres en nombre propio, que les vincule a procurar un resultado -la actividad del hijo- que normalmente sólo ellos están en condiciones de conseguir”.

manera que, en caso de no conseguir el objetivo, el promitente deberá indemnizar a la otra parte contractual<sup>357</sup>. Con ello, se consigue el objetivo de que, quienes responden jurídicamente en caso de que el menor no realice finalmente la actividad que sus representantes han prometido, son éstos y no el menor por lo que el patrimonio de éste queda indemne.

Ahora bien, este planteamiento no está exento de obstáculos. El promitente, los padres o tutor, se obligan a que el menor, tercero, acepte la obligación de realizar la prestación o bien la cumpla<sup>358</sup>. Por tanto, el menor es un tercero ajeno a la relación contractual hasta el momento en que acepta obligarse o bien cumple lo prometido y aquí encontramos el primer problema pues, si para que el menor quede obligado es preciso que acepte obligarse, es evidente que no podemos aplicar la figura de la promesa de hecho ajeno al caso estudiado. Estamos ante un menor sin suficiente madurez para prestar por sí mismo el consentimiento a obligaciones que supongan la realización de una prestación personal por lo que la promesa de hecho ajeno no explica la situación estudiada en la medida en que el menor no puede aceptar válidamente la obligación que deriva de la promesa de hecho ajeno. Además, si bien es cierto que con la aceptación se conseguiría que el beneficiado por la contraprestación fuera el menor y no sus representantes, también lo es que desde el momento en que el menor aceptara sería éste el responsable del incumplimiento.

Parece que tendría más sentido configurar la obligación de los padres, no como el compromiso de que el menor acepte obligarse, pues, como se ha visto, ello no es posible sino como la promesa de que el menor cumpla efectivamente la prestación. Sin embargo, si el promitente se compromete a que el tercero cumpla la prestación, es decir, si los padres se obligan a que el menor realice la

---

<sup>357</sup> No entramos a valorar si ello es una obligación de hacer de medios o de resultado, una obligación de garantía del riesgo de incumplimiento o bien una obligación principal de indemnizar por el perjuicio provocado por el incumplimiento puesto que, a los efectos que aquí interesan, basta saber que la obligación de indemnizar surge cuando el tercero no acepta o no cumple la prestación. En cualquier caso, ver sobre la naturaleza jurídica de la prestación del promitente CRISTÓBAL-MONTÉS, Ángel; "Naturaleza jurídica y efectos de la obligación que nace de la promesa de hecho ajeno", en *Revista de Derecho Privado*, 1974, nº 58, págs. 661 y ss. y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio; "La promesa de hecho ajeno", en *Anuario de Derecho Civil*, 1964, nº XVII, págs. 3 y ss.

<sup>358</sup> CRISTÓBAL-MONTÉS, A.; *Op. Cit.*, pág. 694 afirma que el tercero sólo queda obligado desde el momento en que acepta obligarse o directamente cumple la prestación.



prestación personal ¿quién es el auténtico obligado? El menor no está obligado pues en la medida en que no ha dado su consentimiento es un tercero ajeno al vínculo contractual y si, en consecuencia los obligados son los representantes, en tanto promitentes, resulta que, si bien son ellos quienes responden en caso de incumplimiento, también son ellos quienes se benefician de la contraprestación lo cual no deja de ser una forma de explotación. En realidad debe entenderse que los representantes legales son los obligados hasta que el menor cumpla la prestación pues en ese momento, de forma simultánea a la realización de la actividad prometida, el menor se convierte en parte de la relación obligatoria y, en consecuencia, debe recibir la contraprestación. Desde el momento en que el menor realiza la actividad prometida es acreedor de la contraprestación sin que en ningún momento llegue a estar obligado por la relación jurídica.

En cualquier caso, no hay que olvidar que la obligación que adquieren los representantes implica el ejercicio del derecho a la imagen del menor y la afectación de su libertad con lo cual la actuación de los padres no puede ser en modo alguno libre sino que deberá estar al interés del menor, esto es, a la protección de sus bienes jurídicos de la personalidad y al cumplimiento de una serie de normas imperativas dirigidas a garantizarlos.

En resumen, el menor que tiene madurez suficiente presta por sí mismo el consentimiento a la intromisión en el derecho a la imagen y el consentimiento contractual a la realización de la prestación personal sin perjuicio del correspondiente complemento de la capacidad. La llamada expresa que hace el ordenamiento a la prestación del consentimiento contractual por el menor con capacidad natural suficiente se fundamenta en la especial vinculación de la libertad que supone la realización de una prestación personal. De ahí que el legislador entienda que, cuando tiene suficiente madurez, es el menor quien debe prestar el consentimiento. Cuestión diferente es que los representantes legales deban completar la capacidad contractual del menor ya que, de lo contrario, el contrato adolecería de anulabilidad.

Por el contrario, cuando el menor no tiene madurez, ni puede consentir intromisiones en su derecho a la imagen ni, por supuesto, puede prestar

consentimiento contractual. En relación al derecho a la imagen, sus representantes legales podrían consentir intromisiones pero en relación a la realización de una prestación personal no es posible la representación legal por lo que el contrato sobre la imagen de un menor sin madurez suficiente deberá ser considerado una promesa de hecho ajeno<sup>359</sup>.

Por otra parte, tenga o no madurez el menor, hay que tener en cuenta que los padres y el tutor siguen siendo titulares de la patria potestad y tutela respectivamente por lo que deben velar por los menores hasta que éstos cumplan la mayoría de edad. Quiere decirse con ello que la existencia de capacidad natural del menor para el ejercicio de los derechos de la personalidad no elimina el deber de los representantes de proteger los bienes de la personalidad del menor. Si éste tiene madurez suficiente, los padres o el tutor no podrán ejercer su derecho de la personalidad pero sí podrán, es más, deberán intervenir para proteger el interés del menor.

Este deber de intervenir en el ámbito personal del contrato deriva directamente del deber de velar por los hijos recogido en el art. 154.2 1º CC y 143.1 CF pero también se desprende de la interpretación que con anterioridad se ha hecho de la expresión “que sea contraria a sus intereses” que recoge el art. 4 de la ley orgánica 1/1996. Este precepto establece que existirá intromisión ilegítima en los derechos del menor incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales siempre que se vulnere su honor o se atente contra su interés, esto es, contra sus derechos fundamentales. En efecto, no se trata aquí de una vulneración del derecho a la imagen propiamente sino de que la situación que rodea la intromisión en la imagen es contraria al interés del menor por lo que los titulares de la patria potestad o de la tutela deben intervenir con independencia de que el menor tenga madurez para ejercer sus derechos de la personalidad o no.

---

<sup>359</sup> Sin embargo, las ganancias obtenidas con la prestación de la imagen formen parte del patrimonio del menor sin perjuicio de que sean los padres quienes deban realizar la administración del mismo o incluso destinar una parte del mismo a las cargas familiares. Así, O'CALLAGHAN, Xavier; *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Madrid, 1991, pág. 144.

Piénsese en un contrato relativo a la participación de un menor de edad en una película. Si el menor tiene madurez suficiente, sólo él podrá prestar el consentimiento sobre el ejercicio del derecho fundamental pero los padres deberán valorar la oferta económica y sobre todo, deberán establecer una serie de cláusulas contractuales dirigidas a proteger el libre desarrollo de la personalidad del menor como por ejemplo que las horas diarias de rodaje no sean excesivas, que el trabajo en la película no interfiera o, como mínimo, sea compatible con la formación académica del menor, que las escenas que deben rodarse no entrañan ningún peligro físico o psíquico ni comporten obstáculo para su desarrollo y formación,...<sup>360</sup>. Los padres o el tutor deberán asegurar el respeto a una serie de normas imperativas relativas a la protección del menor que realiza prestaciones personales que después se comentarán en detalle.

Otra cuestión que debe plantearse es qué ocurre cuando el menor quiere ejercer su derecho a la imagen y, siendo preciso realizar un contrato para ello, sus padres se niegan. Algún autor ha sostenido que los padres no pueden negarse a prestar el consentimiento contractual cuando el menor manifiesta su voluntad de ejercer su derecho a la imagen, por ejemplo posando como modelo,...<sup>361</sup>. Sin embargo, creemos que el tema merece una reflexión más detenida.

---

<sup>360</sup> Muy representativo de esta circunstancia es el supuesto acaecido en relación a un actor norteamericano menor de edad. Este actor participó en una película en la cual el personaje al que representaba veía muertos lo cual le ocasionó en la vida real un miedo obsesivo sobre el tema debido a la repercusión social y mediática que el film tuvo. En los contratos de los actores que participaban en la película que realizó posteriormente se hacía constar expresamente una cláusula en la que se prohibía hablar de muertos y fantasmas al menor de edad. Con independencia de la opinión que merezca que se llegara a tal situación y que el menor realizara otras películas con posterioridad, esa cláusula es un ejemplo extremo de cómo los padres deben garantizar que no se van a perjudicar los bienes de la personalidad del menor en el ejercicio de sus derechos que ellos mismos han decidido ejercer. El derecho subjetivo de la personalidad sólo puede ejercerse por el menor de edad con capacidad natural pero el bien jurídico de la personalidad debe protegerse por los padres.

<sup>361</sup> SANTOS MORÓN, M.J.; *Op. Cit.*, pág. 205-206 donde se plantea la situación “en la que el menor o incapacitado con suficiente discernimiento desean la explotación económica de sus derechos de la personalidad (v. gr. menor a quien una empresa de publicidad quiere contratar como modelo de un anuncio) pero sus representantes legales se oponen a la celebración del contrato de que se trate” y añade que “debe tenerse en cuenta que en teoría la negativa de los representantes legales o del curador a la celebración del contrato no puede basarse en la consideración de la intromisión en el derecho a la imagen o a la intimidad como un acto perjudicial o poco conveniente ya que si el menor o el incapacitado poseen suficiente capacidad natural les corresponde a ellos realizar tal valoración (artículo 3.1 LOH). La divergencia de opiniones ha de resolverse en beneficio del menor o del incapacitado, siempre y cuando, claro está, se entienda que tienen las suficientes condiciones de madurez y juicio”.

Determinadas situaciones que rodean a la realización de la prestación personal pueden suponer un perjuicio para el menor de edad (piénsese en la actividad de modelo de pasarelas, por ejemplo). Pues bien, desde el punto de vista del derecho fundamental a la imagen puede aceptarse que el menor tenga suficiente madurez para prestar el consentimiento por sí mismo. Ahora bien, no cabe duda de que el ámbito en el que se desarrolla y se ejerce el derecho a la imagen en el ejemplo propuesto presenta situaciones a las que determinados menores no son capaces de hacer frente de forma satisfactoria si no se regulan muy cuidadosamente una serie de medidas protectoras. Los representantes legales deberán tener en cuenta la voluntad del menor de ejercer su derecho fundamental y no podrán impedirlo sin más. Ahora bien, si en la negociación del contrato la otra parte se niega a aceptar determinadas medidas de protección<sup>362</sup> o pretende estipular determinadas cláusulas contractuales contrarias a normas imperativas de protección del menor, los representantes legales sí pueden negarse, en nuestra opinión, intervenir en la celebración del contrato. No en base a que el menor no pueda consentir sobre su imagen o que no pueda prestar el consentimiento contractual sino en base a los perjuicios colaterales que puede producir en el menor el entorno en el que se ejercerá el derecho a la imagen y la realización de la prestación personal. Los padres y el tutor tienen el deber de permitir y fomentar que el menor ejerza los derechos de la personalidad por sí mismo pero también tienen el deber de velar por ellos. Sin el complemento de capacidad de los representantes el contrato no podría celebrarse so pena de ser anulable. En cualquier caso, si existe un desacuerdo entre el menor y sus representantes legales siempre es posible acudir a la autoridad judicial para que determine aquello que es adecuado al interés del menor (art. 158 CC y 134.1 CF) o incluso para que nombre un defensor judicial (art. 163 CC y 157 CF).

Existen algunas normas imperativas que establecen una serie de garantías dirigidas a asegurar la protección de los bienes jurídicos de la personalidad del menor y que, lógicamente, deberán respetarse en los contratos pero los padres o tutor pueden exigir otras cláusulas no expresamente recogidas en normas pero que en su opinión sean necesarias para proteger al menor. En caso de

---

<sup>362</sup> Piénsese en la posibilidad de limitar la duración y frecuencia de los viajes, permitir que un familiar acompañe a la menor, garantizar el seguimiento de los estudios,...

desacuerdo entre el menor con capacidad natural suficiente para ejercer el derecho a la imagen y los padres sobre las cláusulas protectoras, deberá resolver el juez en base al art. 158.3 CC.

### **5.2.3. Actos que debe consentir el menor y edad en que puede hacerlo.**

Una cuestión que la ley orgánica 1/1982 no resuelve y que ha preocupado enormemente es la relativa a cuándo se dan las condiciones de madurez necesarias para disponer del derecho a la imagen o para consentir la realización de una prestación personal. De ahí que se hayan hecho notar la fuerte dosis de inseguridad que el criterio de la madurez, por su generalidad y abstracción, comporta<sup>363</sup>.

Así, los autores han puesto todo su empeño en decidir a qué edad se puede entender que existe suficiente madurez para ejercer por uno mismo los derechos de la personalidad. Hay quien sostiene que la capacidad natural se tiene ya a los siete años<sup>364</sup> mientras que otros entienden que el menor a esa edad todavía no es consciente de lo que puede ser perjudicial para él o no y por ello afirman que no debe considerarse existente hasta los doce años<sup>365</sup>. Hay quien dice que, por analogía con otras previsiones legales, debe entenderse respecto de los derechos regulados en la ley orgánica 1/1982 que habrá madurez en todo caso a los catorce años y en actos sin especial trascendencia a los doce<sup>366</sup>.

---

<sup>363</sup> VENTOSO ESCRIBANO, A.; *Op. Cit.*, págs. 143-147.

<sup>364</sup> DE LA VÁLGOMA, María; "Comentario a la ley orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen", en *Anuario de Derechos Humanos*, 1983, Tomo II, págs. 647-671 y HERRERO-TEJEDOR, F.; *Honor, intimidad...*, cit., pág. 222. En igual sentido se manifestó el Sr. Pons Irazabal del Grupo Parlamentario Socialista en la tramitación parlamentaria de la ley orgánica cuando afirmó que "ese límite del uso de razón debe precisarse de forma que automáticamente se sepa que el uso de razón se entiende a los siete años, y que a partir de esa edad el Juez debe oír siempre, de forma automática, repito, al menor". Así puede consultarse en *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, 10 de diciembre de 1981, nº 206, pág. 12303.

<sup>365</sup> CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L.; *Honor, intimidad...*, cit., pág. 135.

<sup>366</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido; "La intervención del Ministerio Fiscal en la autorización prestada por menores e incapaces a las intromisiones en su honor, intimidad y derecho a la propia imagen", en *Revista General de Derecho*, 1984, nº 475-476, pág. 664.

Sin embargo, la referencia a las condiciones de madurez difícilmente se compatibiliza con el establecimiento doctrinal de una edad fija de aplicación rígida. La polémica en relación a la necesidad de atender a un criterio diferente de la capacidad de obrar para permitir que los derechos de la personalidad sean ejercidos por uno mismo, se debió a dos motivos principalmente. Por una parte, otorgar al menor la titularidad de los derechos de la personalidad pero negarle la posibilidad de ejercerlos, equivale a negarle autonomía en el ámbito de su personalidad. Por otra parte, cada sujeto adquiere madurez para ejercer sus derechos en un momento diferente en función de su personal desarrollo físico y psíquico de tal manera que establecer una edad fija y uniforme no era aconsejable. Por ello se sugirió el criterio de la madurez suficiente, el autogobierno o capacidad natural para evitar que el menor fuera titular del derecho pero no pudiera ejercerlo pues de esta forma el menor que tenga suficiente madurez podrá ejercer sus derechos de la personalidad por sí mismo. Es cierto, sin embargo, que el problema se mantiene en relación a aquellos menores que no tienen todavía capacidad natural suficiente pues éstos son titulares de los derechos de la personalidad pero no pueden ejercerlos por carecer de autogobierno<sup>367</sup>.

También es pensable otro sistema que establezca un límite fijo de edad a partir de cual se presume la madurez y por debajo del cual se tenga que estar a la efectiva existencia de madurez o no, es decir, una combinación del criterio fijo y la cláusula general<sup>368</sup>. Este es el criterio propuesto en el art. 156 CF que dispone

---

<sup>367</sup> Se pretende superar este problema sosteniendo que, en la medida en que el derecho subjetivo no siempre es garantía suficiente de protección de la dignidad y personalidad de la persona, debe acudir a la figura del interés legítimo del menor protegido por la vía de la patria potestad. De esta forma los bienes jurídicos de la personalidad quedan en todo momento protegidos. En primera instancia por la figura del derecho subjetivo cuando el menor tiene madurez suficiente para ejercerlo y, cuando ello no es posible por falta de madurez, a través del interés legítimo de los titulares de la patria potestad que permite proteger y fomentar el desarrollo de los bienes de la personalidad del menor aunque, como regla general, no conlleva la posibilidad de ejercer sus derechos subjetivos de la personalidad. El ejercicio del derecho subjetivo, en la medida en que es inherente a la personalidad e indisponible, sólo puede ejercerse por los representantes legales en situaciones excepcionales.

<sup>368</sup> No puede aceptarse sin embargo, lo que se pretendía en el proyecto de ley orgánica 1/1982 de protección del honor, la intimidad y la propia imagen publicado en BOCG de 19 de diciembre de 1979 cuando establecía que los “incapaces mayores de doce años y los menores que tengan suficiente uso de razón habrán de contribuir, junto con su representante legal, a la prestación del consentimiento” pues, con independencia del criterio que se escoja, éste debe ser común a incapaces y menores.

que cualquier acto que implique una prestación personal de los hijos requiere su consentimiento si tiene más de doce años o si, no alcanzando dicha edad, tiene madurez suficiente.

Sin embargo, esta solución no supera la dificultad que plantea que un menor haya alcanzado la edad legalmente exigida y, sin embargo, no tenga la madurez suficiente. Además en el caso del derecho a la imagen cuando el menor tiene madurez suficiente puede actuar por sí mismo sin necesidad de que intervenga *a priori* el Ministerio Fiscal (art. 3.1 ley orgánica 1/1982) mientras que dicha intervención es preceptiva en caso de no tener madurez suficiente (art. 3.1 ley orgánica 1/1982) por lo que, cuando el menor tiene la edad exigida, queda eliminada una garantía de protección de los derechos de la personalidad del menor. Ello no supondría problema alguno en la mayor parte de los casos puesto que los representantes actúan en beneficio de los menores pero quedarían desprotegidos aquellos supuestos en los que los padres o tutor se mueven más por intereses económicos que por los intereses del menor de edad. En este caso el Ministerio Fiscal deberá actuar *a posteriori* pues el art. 4 de la ley orgánica 1/1996 establece que cuando se vulnere el honor o el interés del menor, el Ministerio Fiscal deberá intervenir incluso cuando conste el consentimiento del menor o de sus representantes legales.

Por otra parte, este criterio no supera el obstáculo que supone que el grado de desarrollo intelectual exigible varía en función del tipo de acto relativo a los derechos de la personalidad que el menor pretende realizar por lo que la madurez exigible es diferente en cada caso.

Hay que tener en cuenta que, si estamos ante un acto de disposición de la imagen, estaremos simplemente ante un ejercicio de un derecho de la personalidad pero si estamos ante un contrato sobre la imagen que obliga a la realización de una prestación personal, estaremos, no sólo ante un ejercicio del derecho a la imagen sino también ante un auténtico consentimiento contractual<sup>369</sup>.

---

<sup>369</sup> No es lo mismo aparecer como público en un programa de televisión que celebrar un contrato sobre la imagen que presupone la realización de una prestación personal como sería actuar en una película.

El ejercicio del derecho a la imagen a través de contrato puede tener consecuencias patrimoniales importantes pues la posible revocación del consentimiento prestado para el uso de la propia imagen puede comportar un incumplimiento contractual que origine la obligación de indemnizar. Además dicho contrato supone la vinculación de la libertad personal del menor en la medida en que implica la obligación de realizar una prestación personal. En cambio, el mero acto dispositivo del derecho a la imagen no tiene esas consecuencias por lo que lógicamente la capacidad exigida para uno y otro acto no puede ser la misma.

En la medida en que la ley habla de madurez, no debe intentar encontrarse una edad fija a partir de la cual el menor pueda actuar sino más bien una serie de edades en función del tipo de acto relacionado con los derechos de la personalidad que se realiza y, por otra parte, las edades que se proponen deben tener un carácter meramente orientativo y no pretender ser de aplicación rígida.

Respecto al consentimiento en el ámbito del derecho a la imagen puede aportar luz sobre el tema la referencia que el proyecto de ley orgánica 1/1982 hacía de los doce años como edad necesaria para consentir. El proyecto de la ley orgánica 1/1982 establecía que los “incapaces mayores de doce años y los menores que tengan suficiente uso de razón habrán de contribuir junto con su representante legal a la prestación del consentimiento o su revocación”. Ello puede interpretarse en el sentido de que las personas incapaces que tengan más de doce años y los menores de edad con suficiente juicio deberán contribuir a prestar el consentimiento. Sin embargo, no convence plenamente esta posibilidad puesto que el autogobierno en las personas incapaces no depende de su edad mientras que la edad sí es relevante en el caso del menor de edad por cuanto ésta marca determinado grado de desarrollo intelectual. Por ello, parece más adecuado entender que cuando el proyecto hablaba de incapaces se refería al menor de edad, que no es propiamente un incapaz sino que simplemente tiene limitada su capacidad de obrar. Esta imprecisión terminológica llevaría a concluir que lo que el proyecto pretendía decir era que el menor con doce años cumplidos debía contribuir a prestar el consentimiento y el menor que no hubiera cumplido



todavía los doce años también siempre y cuando tuviera uso de razón<sup>370</sup>. Parece corroborar esta tesis el hecho de que el texto definitivo no haga referencia a los incapaces pues demuestra, con independencia de que dicha carencia nos parezca un error, que el legislador estaba pensando realmente en el menor de edad. La redacción definitiva estableció que es el menor con suficiente madurez quien debe prestar, y no sólo contribuir a prestar, el consentimiento a cualquier intromisión en el derecho a su imagen como dispone con carácter general el art. 162 CC y 155 CF respecto de los actos relativos a los derechos de la personalidad.

Por ello hay que concluir que, aunque no se haya recogido finalmente en el texto definitivo, debe entenderse que el menor con doce años deberá consentir la intromisión en su derecho a la imagen y que por debajo de esa edad habrá que estar a la efectiva existencia de madurez suficiente teniendo en cuenta la relevancia del acto para el que se presta pues no es igual aparecer en un reportaje sobre las escuelas que en una revista del corazón o en una película. En cualquier caso, parece difícil que por debajo de los siete años pueda existir madurez suficiente para consentir ningún tipo de acto<sup>371</sup>.

En relación al consentimiento contractual que obliga a la realización de una prestación personal puede ser de gran ayuda la normativa laboral que establece la edad exigida para que el menor pueda consentir el contrato. El art. 6.1 ET afirma que “Se prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años” y el art. 7.1 a) ET establece que pueden contratar la prestación de su trabajo quienes tengan suficiente capacidad de obrar según la legislación civil. En su apartado b) el art. 7.1 ET dice que los menores que estén entre los dieciséis y los dieciocho años y vivan de forma independiente con consentimiento de sus padres o tutor, podrán consentir la prestación de su trabajo. Ello debe interpretarse como la posibilidad de prestar el consentimiento lógicamente por los

---

<sup>370</sup> De hecho, esta es la solución que ha tomado el art. 156 CF en relación a la realización de una prestación personal.

<sup>371</sup> La doctrina ha situado la franja de limitación máxima de la capacidad entre los cero y los siete años. Así, GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> del Carmen; *Manual de Derecho Civil*, Vol. I, Madrid-Barcelona, 2001, pág. 162.

mayores de edad pero también por los menores que tengan vida independiente o estén emancipados<sup>372</sup> pues el menor emancipado puede regir su persona como si fuera mayor de edad.

Ahora bien, ello plantea un problema de coherencia legislativa. En efecto, la emancipación del menor puede darse como regla general a partir de los dieciséis años pero cuando aquélla se produce por razón de matrimonio, es posible que exista desde los catorce años cuando se concede la dispensa de edad para contraer matrimonio prevista en el art. 48 CC. Sin embargo, el art. 6.1 ET es claro al establecer que se prohíbe la admisión al trabajo del menor de dieciséis años. Esta incoherencia debe salvarse en favor de la capacidad de obrar del emancipado por matrimonio a los catorce años<sup>373</sup> pues para conceder la dispensa el juez debe estar la existencia de una justa causa para lo cual deberá valorar la existencia de madurez suficiente para regir su persona como si fuera mayor. Otra solución sería contraria a la regla general de la interpretación restrictiva de las limitaciones de la capacidad de obrar del menor que propugna el art. 2.2 de la ley orgánica 1/1996. Ahora bien, todo ello sin perjuicio de la preceptiva aplicación de la normativa relativa a trabajos prohibidos a los menores de dieciocho años pues el art. 6.2 ET afirma que los menores de dieciocho años no podrán realizar trabajos nocturnos ni aquellas actividades que se declaren insalubres, penosas, nocivas o peligrosas para su salud o formación personal o humana y, sobre todo, sin perjuicio de que por debajo de los dieciséis años sólo es posible realizar prestaciones relacionadas con los espectáculos públicos como establece el RD 1435/1985, de 1 de agosto.

---

<sup>372</sup> La doctrina es unánime en entender que, aunque el ET no habla expresamente de los menores emancipados, debe entenderse que, conforme a la legislación civil, el menor emancipado tiene capacidad de obrar para contratar una prestación personal. Así, APILLUELO MARTÍN, Margarita; *La relación de trabajo del menor de edad*, Madrid, 1999, págs. 64-65, BORRAJO DACRUZ, Efrén; "La capacidad para contratar la prestación de servicios", en *Revista de Derecho Notarial*, 1960, pág. 102, ALONSO OLEA, Manuel-CASAS BAAMONDE, María Emilia; *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1995, pág. 108 y DIÉGUEZ CUERVO, Gonzalo; *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1991, pág. 187. De hecho, si el ET acepta que el menor con vida independiente consentida por los padres tiene capacidad para contratar su trabajo con mayor razón debe hacerse esa afirmación respecto del menor emancipado, no de hecho, sino jurídicamente.

<sup>373</sup> La doctrina más moderna así lo ha entendido de forma mayoritaria. Así APILLUELO MARTÍN, M.; *Op. Cit.*, pág. 67, ALONSO OLEA, M.-CASAS BAAMONDE, M.E.; *Op. Cit.*, pág. 111. En contra, RODRÍGUEZ SANTOS, Baltasar; *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Vol. I, Valladolid, 1985, pág. 191 y DIÉGUEZ CUERVO, G.; *Op. Cit.*, pág. 187.

En relación al menor de edad que tenga vida independiente con consentimiento de sus padres o tutor, también tendrá capacidad para contratar su prestación de trabajo pues, si bien la vida independiente se configura como una situación de hecho, se trata de un supuesto equiparable a la emancipación<sup>374</sup> puesto que si, *de facto*, el menor vive de forma independiente es de suponer que tiene capacidad para ello, máxime cuando ello se produce con el consentimiento de los padres o tutor pues son éstos quienes tienen un conocimiento más ajustado de la efectiva madurez del menor.

En estos casos, el menor tiene plena capacidad para contratar su trabajo pues tiene capacidad contractual. Lo mismo cabe afirmar en relación al ámbito contractual civil pues tanto el art. 323 CC como el 159 CF establecen que el menor emancipado puede regir su persona y sus bienes y derechos como si fuera mayor de edad<sup>375</sup>. Además el art. 162 *in fine* CC y el art. 156 CF prevén que el menor que tenga madurez suficiente deberá prestar por sí mismo el consentimiento a los contratos que impliquen la realización de una prestación personal. Si interpretamos de forma integrada estos preceptos debemos concluir que el menor emancipado tiene capacidad suficiente para realizar contratos que supongan la realización de una prestación personal. Este menor prestará por sí mismo y de forma autónoma el consentimiento contractual y el consentimiento a la intromisión en su derecho a la imagen.

En relación al menor entre dieciséis y dieciocho años que no está emancipado ni de hecho ni de derecho, puede contratar la realización de una prestación personal cuando exista autorización tácita o expresa de sus representantes legales según reza el art. 7 b) *in fine* ET. Por tanto, el menor que se encuentre en esta situación podrá prestar por sí mismo el consentimiento para

---

<sup>374</sup> PUIG I FERRIOL, Lluís; *Comentarios del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 878 quien afirma que debe equipararse a la emancipación pero no es un nuevo supuesto de emancipación dada su ausencia de todo carácter formal.

<sup>375</sup> La celebración de contratos relativos a derechos de la personalidad no se encuentra entre los supuestos para los que excepcionalmente dichos preceptos requieren un complemento de la capacidad.

contratar su prestación personal<sup>376</sup> porque, aunque necesitará el permiso o autorización de sus representantes legales, la voluntad decisiva es la del menor pues es la que perfecciona el contrato<sup>377</sup>. Por ello, debe hacerse notar que la autorización no es un ejercicio de la representación legal, pues ésta implica la sustitución de la voluntad del representado, sino que se trata de un mero complemento de la capacidad<sup>378</sup>.

En conclusión, desde los dieciséis años el menor tiene capacidad para celebrar un contrato sobre la imagen que conlleve la realización de una prestación personal pues tiene capacidad contractual y para ejercer por sí mismo el derecho a la imagen aunque, cuando no exista emancipación de hecho o de derecho, la capacidad contractual deberá ser complementada por los representantes legales. En caso de emancipación por matrimonio el menor tendrá capacidad contractual desde los catorce años aunque hasta los dieciséis años ésta sólo tendrá relevancia en el ámbito de los espectáculos públicos porque existe una prohibición general de que el menor trabaje por debajo de los dieciséis años. La autorización deberá ir dirigida, en caso de ser necesaria, a la garantía de protección del interés del menor, esto es, a asegurar que con el contrato no se vulneran sus bienes jurídicos de la personalidad ni las normas imperativas que los protegen pues no debe olvidarse que los padres, mientras no exista emancipación, siguen siendo titulares de la patria potestad.

Fuera de este supuesto el menor no podrá ser obligado por contratos que obliguen a realizar prestación personal alguna pues el art. 6.1 ET prohíbe el trabajo a menores de dieciséis años. Sin embargo, ello tiene una excepción en los contratos que vinculan a la realización de una prestación personal consistente en la participación en un espectáculo público. Así lo establece el art. 6.4 ET que dice que “La intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos sólo se autorizará en casos excepcionales por la autoridad laboral, siempre que

---

<sup>376</sup> ALONSO OLEA, M.-CASAS BAAMONDE, M.E.; *Op. Cit.*, pág. 109, BORRAJO DACRUZ, E.; *Op. Cit.*, pág. 113 y SUÁREZ GONZÁLEZ, Fernando; *Menores y mujeres ante el contrato de trabajo*, Madrid, 1967, pág. 54.

<sup>377</sup> APILLUELO MARTÍN, M.; *Op. Cit.*, pág. 76-79.

<sup>378</sup> ALONSO OLEA, M.-CASAS BAAMONDE, M.E.; *Op. Cit.*, pág. 109 y DIÉGUEZ CUERVO, G.; *Op. Cit.*, pág. 187.

no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana” y en similares términos se pronuncia el art. 2.1 del RD 1435/1985, de 1 de agosto de regulación de la relación laboral especial en espectáculos públicos<sup>379</sup> que establece: “La autoridad laboral podrá autorizar excepcionalmente la participación de menores en espectáculos públicos, siempre que dicha participación no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana. La autorización habrá de solicitarse por los representantes legales del menor, acompañando el consentimiento de éste, si tuviera suficiente juicio, y la concesión de la misma deberá constar por escrito, especificando el espectáculo o la actuación para la que se concede. Concedida la autorización, corresponde al padre o tutor la celebración del correspondiente contrato, requiriéndose también el previo consentimiento del menor, si tuviere suficiente juicio; asimismo corresponde al padre o tutor el ejercicio de las acciones derivadas del contrato”. Esta excepción tiene como fundamento que la participación en un espectáculo público, dado su carácter artístico, puede suponer una experiencia positiva para el menor en la medida en que una actividad de este tipo contribuirá al desarrollo intelectual del menor fomentando sus aptitudes en el campo de las artes. En esta clave deberá permitirse la celebración del contrato que vincule a la realización de la prestación personal pero no así si no se cumple este fin.

Por debajo de los dieciséis años la única prestación personal posible es la participación en un espectáculo público en la cual se incardina precisamente el contrato sobre la imagen que conlleva la realización de una prestación personal como la realización de una película o un anuncio televisivo<sup>380</sup>. Por ello, cuando el art. 162 *in fine* CC exige el consentimiento del menor para la realización de prestaciones personales cuando tenga madurez suficiente, necesariamente se está refiriendo a este tipo de prestaciones respecto de menores de dieciséis años-

---

<sup>379</sup> Publicado en el BOE 14 agosto 1985, nº 194/1985.

<sup>380</sup> Entendemos por espectáculo público toda prestación de actividades artísticas dirigidas al público por lo que quedan excluidas aquellas actividades que tengan una finalidad docente, formativa, particular,... Así, APILLUELO MARTÍN, M.; *Op. Cit.*, pág. 239-241. En cuanto a lo que sea una actividad artística pensamos que debe hacerse una interpretación amplia que incluya desde la participación en una película hasta la aparición en un anuncio de televisión pues todo ello deben considerarse formas de interpretación artística.

no así respecto de los mayores de dieciséis que sí pueden realizar otro tipo de prestaciones.

Es cierto que tanto el art. 6.4 ET como el art. 2.1 del RD 1435/1985 exigen la autorización de la autoridad laboral para permitir la participación de un menor de dieciséis años en un espectáculo público puesto que se refieren a un contrato laboral. Pero en relación al derecho a la imagen dicha garantía queda asegurada además, cuando el menor no tiene suficiente madurez (art. 3 de la ley orgánica 1/1982), por la preceptiva comunicación al Ministerio Fiscal el cual deberá cerciorarse de que se respetan los bienes jurídicos de la personalidad del menor, las normas imperativas de protección del menor y que la prestación a realizar no sólo no vulnera la formación profesional y humana del menor sino que contribuye a su desarrollo intelectual y artístico pues, de lo contrario, deberá comunicarlo al Juez para que éste tome las medidas oportunas. Cuando el menor tenga madurez para consentir por sí mismo la intromisión, el Ministerio Fiscal no puede intervenir *a priori* pero si *a posteriori* si se ha perjudicado el interés del menor según dispone el art. 4 de la ley orgánica 1/1996.

Los arts. 162 *in fine* CC y 156 CF dicen que cuando el menor tenga suficiente autogobierno, deberá prestar por sí mismo el consentimiento en los contratos que impliquen la realización de una prestación personal. En la misma línea se pronuncia el art. 2.1 *in fine* del RD 1435/1985 que afirma que “corresponde al padre<sup>381</sup> o tutor la celebración del correspondiente contrato, requiriéndose también el previo consentimiento del menor, si tuviere suficiente juicio”. Ello plantea la cuestión de si es el representante legal o el menor quien presta el consentimiento contractual que perfecciona el contrato. En el art. 2.1 del RD 1435/1985 se afirma que corresponde al padre o tutor la celebración del correspondiente contrato pero creemos que, por el contrario, debe interpretarse

---

<sup>381</sup> Aunque el precepto se refiere únicamente al padre, la doctrina laboralista ya ha puesto de manifiesto que, lógicamente, dicho precepto debe interpretarse conforme a la regla de la patria potestad compartida por el padre y la madre que proclama el CC por lo que el contrato podrá celebrarse por cualquiera de ellos. Así, APILLUELO MARTÍN, M.; *Op. Cit.*, pág. 262-263. Sólo así se respeta el principio de igualdad establecido con carácter general en el art. 14 CE y de forma especial para los cónyuges en el art. 32 CE.

que es el menor quien presta el consentimiento contractual sin perjuicio, en su caso, del complemento de capacidad necesario.

En primer lugar, porque de esta forma se respeta el principio de interpretación restrictiva de las limitaciones de la capacidad de obrar del menor que establece el art. 2 de la ley orgánica 1/1996.

Por otra parte, como ha quedado expuesto, si el menor no tiene madurez suficiente, no queda obligado por el contrato pues estamos ante una promesa de hecho ajeno realizada por los representantes lo cual interpretado *a sensu contrario*, lleva a pensar que, si el menor queda obligado por la prestación personal, es porque presta el consentimiento por sí mismo. En efecto, si entendemos que cuando el menor no tenga capacidad para consentir prestaciones personales los contratos celebrados por los representantes serán una promesa de hecho ajeno porque no cabe la representación en esta sede, ello debe mantenerse con mayor motivo cuando el menor sí tiene madurez para obligarse a realizar prestaciones personales por lo que representante legal sólo completará la capacidad del menor pero no la sustituirá.

Además si el art. 7 b) ET dice que podrá celebrar el contrato por sí mismo el menor entre dieciséis y dieciocho años y si nada dice de los menores que no alcancen esta edad es porque la norma general es la prohibición de que el menor trabaje antes de los dieciséis años. Si no se dice que por debajo de los dieciséis años será el menor quien preste el consentimiento a la realización de la prestación personal es porque la regla general es la prohibición de que el menor trabaje por debajo de esa edad. Sin embargo, excepcionalmente el menor puede realizar prestaciones personales en el ámbito de los espectáculos públicos por lo que también excepcionalmente podrá prestar por sí mismo el consentimiento contractual de forma restringida a este ámbito y con el necesario complemento de capacidad.

Por último, el art. 2.1 del RD 1435/1985, que tiene carácter laboral y rango de Real Decreto, adolece desde el punto de vista civil de algunas imprecisiones terminológicas que deben corregirse. Cuando el menor tenga madurez suficiente,

será él quien perfeccione el contrato sin perjuicio del necesario complemento de la capacidad por los representantes legales.

Para que la madurez suficiente exista, el menor debe ser capaz de comprender el trabajo que va a realizar<sup>382</sup> y ello plantea el problema de averiguar a qué edad aproximadamente entiende el menor el significado de la prestación. El menor que haya cumplido dieciséis años, o catorce si se ha emancipado por matrimonio, puede celebrar el contrato que le vincule a la realización de una prestación personal, si bien cuando no esté emancipado de hecho o de derecho será necesaria la autorización previa de los padres o tutor. Pero en la medida en que el art. 6.4 ET y el art. 2.1 RD 1435/1985 permiten la participación del menor con menos de dieciséis años en espectáculos públicos, debe entenderse que también por debajo de esa edad el menor tendrá capacidad para consentir la realización de una prestación personal consistente en la aparición en un espectáculo público. Sin embargo, la doctrina ha situado la limitación máxima de la capacidad del menor hasta alrededor de los siete años<sup>383</sup> por lo que debemos convenir que, por debajo de esa edad, el menor no tendrá capacidad para consentir dicha prestación personal. Por tanto, cuando exista una limitación máxima de capacidad, el menor no podrá prestar el consentimiento contractual pero, en la medida en que no es posible la representación legal en la celebración de contratos que supongan la realización de una prestación personal, en caso de celebrarse un contrato, éste vinculará a los padres o tutor pero no al menor pues, como quedó expuesto, estaremos ante una promesa de hecho ajeno.

Por tanto, entre los siete años y los dieciséis, o catorce si hay emancipación por matrimonio, nos encontramos ante una nebulosa zona intermedia que conviene esclarecer. Para ello es de inestimable ayuda el art. 156 CF que establece que, en relación a contratos que supongan la realización de una prestación personal, deberá prestar el consentimiento el menor de edad que tenga doce años cumplidos o el menor de doce cuando tenga suficiente juicio. Es decir, el ordenamiento jurídico presume la existencia de madurez a partir de los

---

<sup>382</sup> ARANDA RODRÍGUEZ, Remedios; *La representación legal de los hijos menores*, Madrid, 1999, pág. 50.

<sup>383</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.; *Manual...*, cit., vol. I, pág. 162.



doce años y deja la puerta abierta a su existencia por debajo de dicha edad supuesto en que deberá acudir al caso concreto para determinar si se da la madurez exigida o no. De esta forma, se combina la seguridad que aporta la fijación de una edad determinada con la adecuación al caso concreto que supone aceptar que en determinados casos pueda existir el autogobierno por debajo de los doce años.

En resumen, el menor entre doce y dieciséis años debe consentir siempre el contrato sobre su imagen que le obligue a realizar una prestación personal y el que se encuentre entre los siete y los doce años deberá hacerlo cuando tenga suficiente madurez.

Como se ha señalado, son los padres quienes se encuentran en mejor situación para determinar si el menor de edad tiene suficiente madurez para decidir sobre sus derechos fundamentales<sup>384</sup> o la realización de una prestación personal aunque no se descarta que sean los notarios quienes se pronuncien además si deben intervenir en el acto concreto<sup>385</sup>. Además, también puede utilizarse un dictamen pericial psicológico que corrobore la existencia de madurez en el menor<sup>386</sup>.

Por otra parte, sería aconsejable que los terceros que desean realizar un contrato relativo al derecho a la imagen del menor se preocupen de averiguar si éste tiene suficiente autogobierno y, si es así, hagan constar el consentimiento de éste. De esta forma, para asegurarse cierta seguridad jurídica los operadores del tráfico jurídico fomentarían el respeto a la personalidad del menor.

Hay que tener en cuenta a la hora de determinar la existencia de suficiente madurez que ésta debe ponerse en relación con el ejercicio del derecho (desfilar

---

<sup>384</sup> ROYO JARA, J.; *Op. Cit.*, pág. 112 y MARCHENA GÓMEZ, Manuel; “La protección de la intimidad de los menores: perspectivas civil y penal”, en *Revista General del Derecho*, 1994, nº 603, págs. 12485-12486 y CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.; *Op. Cit.*, pág. 664.

<sup>385</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.; *Op. Cit.*, pág. 664 y AZURMENDI ADARRAGA, A.; *Op. Cit.*, pág. 168.

<sup>386</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.; *Op. Cit.*, pág. 664.

en una pasarela, posar para que sea tomada una fotografía,...) pero el autogobierno suficiente para manifestarse sobre este extremo no impide que el menor pueda no tener capacidad natural para valorar los perjuicios que puede causarle las circunstancias que rodean al ejercicio del derecho propiamente.

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando el menor considera que tiene madurez suficiente y los padres no lo entienden así? Entendemos que será aquí aplicable lo dispuesto en el art. 163 CC en relación al conflicto de intereses entre los titulares de la patria potestad y el menor. Se nombrará un defensor que deberá analizar si el menor es capaz de prestar el consentimiento por sí mismo porque tiene capacidad natural o, por el contrario, debe intervenir el titular de la patria potestad o tutela puesto que no la tiene. En caso de que no exista conflicto de intereses será el juez quien, en base a los arts. 158 CC y 134.1 CF, resuelva qué es lo más adecuado al interés del menor.

#### **5.2.4. Normas imperativas de protección del menor.**

El art. 6.1 ET prohíbe como norma general el trabajo para los menores de dieciséis años pero los arts. 6.4 ET y 2.1 RD 1435/1985 permiten al menor participar en espectáculos públicos por debajo de esa edad. Sin embargo, cualquier contrato sobre la imagen que obligue al menor a realizar una prestación personal debe respetar una serie de normas imperativas dirigidas a garantizar la protección del interés del menor.

Existen una serie de preceptos que, con carácter general, prohíben la explotación infantil y establecen que las prestaciones personales que realice el menor no pueden ser contrarias a su desarrollo físico y psíquico. Así, el art. 8 LAPIA dice que “Els infants i els adolescents han d’èsser protegits de qualsevol tipus d’explotació econòmica o de qualsevol treball que pugui ésser perillós, perjudicar-ne la salut o entorpir-ne l’educació i la formació o el desenvolupament integral, d’acord amb la normativa laboral vigent”. Por su parte, el art. 6.2 ET dice que “Los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar trabajos nocturnos ni aquellas actividades (...) insalubres, penosos, nocivos o peligrosos, tanto para su salud como para su formación profesional y humana”. El art. 1.3 de

la Directiva 94/33/CE<sup>387</sup> afirma que los Estados miembros deberán velar “contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda perjudicar su seguridad, su salud o su desarrollo físico, psicológico, moral, social o poner en peligro su educación”. En relación a la participación en espectáculos públicos por el menor, tema que aquí interesa, el art. 6.4 ET y el art. 2.1 del RD 1435/1985 permiten que lo realicen excepcionalmente los menores de menos de dieciséis años “siempre que dicha participación no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana”. El art. 5 de la Directiva 94/33/CE después de permitir que los menores intervengan en actividades culturales, artísticas, deportivas o publicitarias, afirma que deberá garantizarse que éstas no perjudican la seguridad, la salud o el desarrollo del menor ni afectan a su asistencia escolar o formativa.

Además hay que hacer referencia a una serie de preceptos que toman medidas concretas para evitar que la realización de prestaciones personales por menores de edad pueda perjudicar el libre desarrollo de su personalidad por suponer un potencial peligro tanto para su salud y su integridad como para su desarrollo psíquico. Así, el art. 16 c) de la Ley 25/1994, de 12 de junio de la televisión<sup>388</sup> establece que la publicidad no podrá “sin un motivo justificado presentar a los niños en situaciones peligrosas” pues ello comporta un peligro físico y moral para el menor. En la misma línea el art. 38 LAPIA prohíbe la participación de menores en anuncios que promuevan la venta de bebidas alcohólicas o de tabaco y la aparición del menor consumiendo tales productos o realizando cualquier otra actividad prohibida. El art. 35.2 del Convenio colectivo de artistas de doblaje de 17 de enero de 1994 prohíbe que los menores intervengan en obras de pornografía o de violencia. Finalmente, el art. 4 del Convenio de la OIT nº 60 de 1937 exige cualquier otra medida necesaria para garantizar la moralidad del menor.

Por otra parte, existen otros preceptos que prohíben el trabajo nocturno del menor como una medida dirigida a asegurar el descanso necesario para el

---

<sup>387</sup> Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994 relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo (DOCE 216/1994 de 20 de agosto de 1994).

<sup>388</sup> BOE 13 de julio de 1994, nº 166/1994.

desarrollo físico del menor y para la protección de su salud. Así, el art. 6.2 ET prohíbe que el menor realice trabajos nocturnos por lo cual debe entenderse, a tenor del art. 36.1 ET, todo trabajo realizado entre las diez de la noche y las seis de la mañana y en igual sentido se manifiesta el art. 9 de la Directiva 94/33/CE. Sin embargo, según el art. 9.2 de la Directiva 94/33/CE dicha prohibición podrá eliminarse en relación, entre otras, a las actividades culturales, artísticas, deportivas o publicitarias para los menores que estén entre los dieciséis y los dieciocho años<sup>389</sup>.

Para asegurar la protección del descanso del menor y evitar su explotación se prohíbe la realización de horas extraordinarias por el menor (art. 6.2 ET), y se regula el tiempo de duración del trabajo (art. 8 de la Directiva 94/33/CE), el periodo de descanso (art. 10 de la Directiva 94/33/CE), las vacaciones (art. 11 de la Directiva 94/33/CE) y las pausas (art. 12 de la Directiva 94/33/CE).

También se prohíbe todo trabajo que pueda resultar peligroso para el desarrollo físico del menor o para su salud. Así el art. 6.2 ET y el art. 7 de la Directiva 94/33/CE que regula una serie de actividades que se consideran nocivas.

En conclusión, el objetivo de esta normativa es la protección del desarrollo físico y psíquico del menor, es decir, de la tutela del pleno desarrollo de su personalidad y en base a ello deben interpretarse los citados preceptos. Debe considerarse que estas normas no son exhaustivas sino que simplemente suponen la regulación de una serie de situaciones que pueden vulnerar el desarrollo del menor, sin perjuicio de que además existan otras que también sean perjudiciales para él y no se hayan recogido expresamente como tales por el ordenamiento. Cuando una prestación personal perjudique gravemente el desarrollo de la personalidad del menor deberá impedirse que éste la realice aunque ninguna norma prohíba expresamente la realización de dicha actividad.

---

<sup>389</sup> Así debe interpretarse el precepto según APILLUELO MARTÍN, M.; *Op. Cit.*, pág. 296 y ss. aunque acepta que podría hacerse una lectura restrictiva del precepto e interpretar que no cabe excepción a la prohibición de trabajo nocturno por debajo de los dieciocho años.

En efecto, como ha quedado expuesto, existen una serie de preceptos dirigidos a tomar medidas concretas para evitar el perjuicio del interés del menor pero también existen artículos que prohíben con carácter general la explotación infantil y cualquier actividad que suponga un menoscabo del desarrollo físico o psíquico de éstos. Por ello, debe impedirse que el menor realice cualquier actividad contraria al libre desarrollo de su personalidad aunque no esté prohibida expresamente.

Así viene a confirmarlo también el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 que establece que existirá intromisión ilegítima cuando se utilice la imagen o el nombre del menor de forma que se menoscabe su honor o se perjudique su interés incluso si consta su consentimiento o el de sus representantes legales. Este precepto establece una cláusula general según la cual siempre que se vulnere el libre desarrollo de la personalidad del menor o sus derechos fundamentales estaremos ante una intromisión ilegítima. Por ello, cualquier contrato sobre la imagen que sea contrario al interés del menor supondrá una intromisión ilegítima.

Además el ordenamiento jurídico prevé una serie de mecanismos dirigidos a identificar qué actividades son peligrosas o nocivas para el menor y evitar que éste las realice. Serán los titulares de la patria potestad o el tutor (arts. 154 y 216 CC y 4.5 ley orgánica 1/1996) los encargados de velar para que el contrato no perjudique el desarrollo de la personalidad del menor. Deberán, por tanto, garantizar el cumplimiento de las normas imperativas y analizar las cláusulas del contrato para asegurar que ninguna previsión perjudica los bienes jurídicos de la personalidad del menor. De lo contrario, podrán negarse a completar la capacidad en caso de que ello sea necesario.

Por su parte, el juez podrá intervenir, en base al art. 158.3 CC, si entiende que el menor está en peligro o puede sufrir un perjuicio a causa del contrato relativo a su imagen. Hay que tener presente que el art. 3 de la ley orgánica 1/1982 obliga a poner en conocimiento del Ministerio Fiscal cualquier acto realizado por los representantes que suponga la intromisión en el derecho a la imagen del menor por lo que, cuando aquél considere que se vulnera el interés de

éste, deberá ponerlo en conocimiento del Juez el cual conforme al art. 158.3 CC determinará si se vulneran o no los derechos fundamentales del menor. En caso de que no se haya realizado ese control previo o de que en él no se hubiera detectado la posibilidad de que el contrato perjudicara el interés del menor, deberá intervenir el Ministerio Fiscal *a posteriori* como le insta a hacer el art. 4 de la ley orgánica 1/1996.

Con estas medidas se trata de evitar la explotación económica del menor o la imposición de cualquier tipo de trabajo que sea peligrosa o perjudicial para él por suponer un atentado contra su salud, su educación, formación o desarrollo integral (arts. 8 LAPIA y 32 CNUDI).

### **5.3. Consecuencias de la falta de algún consentimiento.**

El derecho a la imagen tiene una vertiente personalista con rango fundamental y una vertiente patrimonial no con rango fundamental sino ordinario<sup>390</sup>. En relación a la primera sólo el menor podrá prestar su consentimiento cuando tenga madurez suficiente y cuando no la tenga lo harán sus representantes legales según permite el art. 3.2 de la ley orgánica 1/1982. En relación a la segunda, el aspecto patrimonial del derecho manifestado normalmente a través de un contrato sobre la imagen que vincula a la realización de una prestación personal, deberá intervenir el menor de edad por sí mismo cuando esté emancipado y, si no lo está pero tiene madurez suficiente para consentir la prestación personal, deberá intervenir el menor con el complemento de capacidad de sus representantes legales. De ello resulta que, cuando un acto reúne el elemento personalista y el patrimonial al mismo tiempo, como sucede en el contrato relativo al derecho a la imagen del menor, y éste no está emancipado, serán necesarios dos consentimientos, el del menor, que perfecciona el contrato, y el del representante legal que complementa la capacidad de aquél, sin que pueda prescindirse de ninguno de ellos<sup>391</sup>.

---

<sup>390</sup> CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H.; "Negocios jurídicos de disposición...", *cit.*, pág. 50.

<sup>391</sup> Entiende que deben concurrir ambos consentimientos SANTOS MORÓN, M.J.; *Op. Cit.*, pág. 187 cuando niega que "el menor o el incapacitado con la indicada capacidad natural puedan por sí solos concluir válidamente contratos relativos a sus derechos a la intimidad o a la imagen. En la celebración del contrato deberán intervenir los representantes legales (padres o tutor) del menor o del incapacitado (...). Ahora bien es evidente que los representantes deberán contar con el

Ello plantea la duda de qué sucede cuando sólo existe uno de los consentimientos. Si los representantes realizan un contrato relativo a los derechos de la personalidad del menor sin que concurra el consentimiento de éste, se ha dicho que estamos ante un contrato nulo<sup>392</sup>, anulable<sup>393</sup> o ante un contrato sin efectos en la esfera del menor pero vinculante entre las partes que han prestado el consentimiento por entender que debe ser tratado como el contrato realizado por un representante sin poder<sup>394</sup>.

Sin embargo, para encontrar una solución adecuada al problema debe diferenciarse en función de cuál es la capacidad del menor y en calidad de qué presta el consentimiento. Respecto del menor emancipado, lógicamente será nulo cualquier contrato que no celebre por sí mismo puesto que su consentimiento es el único que puede perfeccionar el contrato. Un contrato sobre la imagen del menor emancipado que suponga la realización de una prestación personal por su parte en el que no haya prestado el consentimiento el menor no le afecta. Por el contrario, el contrato celebrado por el menor emancipado es perfectamente válido pues tiene capacidad suficiente para perfeccionarlo por sí mismo.

En relación al menor de edad con madurez suficiente para prestar su consentimiento a la realización de prestaciones personales pero que no está emancipado, el contrato realizado por los representantes sin el consentimiento del menor no tiene efectos para éste por lo que no le vincula. En cambio, el contrato celebrado por el menor no emancipado pero con capacidad suficiente para consentir la realización de prestaciones personales es meramente anulable porque falta el preceptivo complemento de la capacidad. El contrato se ha perfeccionado al existir el consentimiento del menor aunque éste está viciado

---

consentimiento del menor o del incapacitado que tengan suficiente juicio. El carácter eminentemente patrimonial de los intereses articulados mediante contratos de comercialización de los derechos a la intimidad o a la imagen no significa que no se esté, en última instancia, ante un acto de ejercicio de derechos de la personalidad”.

<sup>392</sup> JORDANO FRAGA, ; *Op. Cit.*, pág. 893.

<sup>393</sup> VENTOSO ESCRIBANO, A.; *La representación y disposición de los bienes de los hijos...*, cit., pág. 150.

<sup>394</sup> SANTOS MORÓN, M.J.; *Op. Cit.*, pág. 201.

porque adolece de la falta de complemento de capacidad exigido<sup>395</sup>. Por ello, el contrato será anulable o convalidable por los representantes o el mismo menor cuando alcance la mayoría. En realidad, respecto de los contratos realizados por el menor de edad rige la regla general de anulabilidad como forma de protección. En cambio, en relación a los contratos celebrados por los representantes legales sin la concurrencia del consentimiento del menor no se aplica la regla general pues este contrato no tendrá efectos para el menor porque no ha llegado a nacer debido a la falta del consentimiento contractual del menor y del consentimiento relativo a su derecho fundamental a la imagen. Puesto que la falta de consentimiento del menor se da en relación a sus derechos de la personalidad, el contrato será nulo de pleno derecho pues el menor es la persona directamente afectada por el contrato y no ha intervenido en el mismo<sup>396</sup>. Hay que tener en cuenta que el contrato compromete la libertad individual del menor por lo que no cabe la representación legal. Es cierto que en relación al derecho a la imagen el razonamiento no puede ser igual puesto que el art. 3 de la ley orgánica 1/1982 permite la representación en este caso. Sin embargo, lo que no es posible ni permite el citado precepto es que, teniendo madurez suficiente el menor, el representante sustituya su voluntad. Por tanto, también aquí la falta de consentimiento del menor supondría la nulidad radical del acto. Cuestión diferente es que este contrato celebrado por los representantes legales no pueda tener ciertos efectos para éstos que sí adquirirían una obligación en primera persona que no puede ser cumplida.

En relación a aquellos menores que no tengan suficiente juicio, es decir, en todo caso los de menores de siete años y en determinadas ocasiones los que están entre los siete y los doce años, la celebración del contrato la lleva a cabo el representante legal pero en su propio nombre puesto que no cabe la representación en relación a la libertad individual. Es cierto, sin embargo, que con la perfección de dicho contrato se estaría consintiendo la intromisión en el derecho a la imagen del menor puesto que, pese a que el obligado es el representante, lo cierto es que la imagen del menor va a ser utilizada pero ello es

---

<sup>395</sup> APILLUELO MARTÍN, M.; *Op. Cit.*, pág. 84.

<sup>396</sup> VALPUESTA FERNÁNDEZ, pág. 426. y APILLUELO MARTÍN, M.; *Op. Cit.*, pág. 265.



permitido por el art. 3.2 de la ley orgánica 1/1982. En este caso, es irrelevante la falta de consentimiento del menor pues el contrato no le vincula y si el contrato fuera celebrado por éste sin intervención de su representante legal, dicho contrato sería anulable.

#### **5.4. La revocación del consentimiento.**

El art. 2.2 de la ley orgánica 1/1982 establece que no habrá intromisión ilegítima cuando el titular del derecho haya dado su consentimiento expreso, de lo cual se deduce que la característica de la indisponibilidad de los derechos de la personalidad debe matizarse en sede de derecho a la imagen, aunque en el párrafo 3º de dicho artículo se dice que tal consentimiento será revocable.

En relación a la posibilidad de revocar el consentimiento otorgado en un acto no contractual para la intromisión en el derecho a la imagen, la doctrina es unánime en la respuesta afirmativa<sup>397</sup>. Se trata de una autorización para realizar una intromisión en el ámbito de la imagen y no de un auténtico consentimiento contractual de tal manera que no existe un vínculo contractual para el titular del derecho<sup>398</sup>. En efecto, estamos aquí ante un auténtico y genuino ejercicio del derecho fundamental a la imagen por lo que debe primar la dignidad de la persona como valor y permitirse la revocación. Ello no obsta, sin embargo, para que pueda reclamarse una indemnización si se cumplen los requisitos del art. 2.3 de la ley orgánica 1/1982 que dice que, si se produce la revocación, “habrán de indemnizarse, en su caso, los daños y perjuicios”. Es decir, solamente si con la revocación se produce un perjuicio para quien recibió la autorización, deberá producirse la indemnización, teniendo en cuenta que dicho perjuicio deberá probarse. Entendemos que en los casos de autorización no contractual del derecho a la imagen no habrá un ejercicio de las facultades patrimoniales del derecho sino de las facultades personalistas o fundamentales. Quiere decirse con ello que no habrá aquí un derecho de explotación económica por parte de quien

---

<sup>397</sup> CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H.; “Negocios jurídicos de disposición...”, cit., págs. 45-46, GITRAMA GONZÁLEZ, M.; “El derecho a la propia imagen, hoy”..., cit., pág. 222, ROVIRA SUEIRO, M.E.; *Op. Cit.*, págs. 69-71 y ROYO JARA, J.; *Op. Cit.*, págs. 103-104.

<sup>398</sup> ROVIRA SUEIRO, M.E.; *Op. Cit.*, págs. 72-73.

ha recibido la autorización y por ello, en general, no se producirá un perjuicio económico<sup>399</sup>.

Sin embargo, la posibilidad de revocar unilateralmente el consentimiento otorgado en un contrato relativo al derecho a la imagen, ha suscitado cierta polémica. Buena parte de la doctrina es contraria a permitir tal revocación pues considera que ello equivaldría a dejar al arbitrio de una sola de las partes el cumplimiento de la prestación<sup>400</sup> lo cual prohíbe expresamente el art. 1256 CC.

Por el contrario mantenemos aquí la posibilidad de revocar el consentimiento incluso en los casos en que estamos ante un consentimiento contractual<sup>401</sup>. Es cierto que estamos ante un vínculo contractual pero, como se ha dicho *ut supra*, éste presupone una autorización para hacer uso de la imagen

---

<sup>399</sup> ROYO JARA, J.; *Op. Cit.*, págs. 103-104.

<sup>400</sup> Así, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H.; "Negocios jurídicos de disposición...", cit., pág. 43 y ss donde dice los contratos sobre estos derechos, a diferencia de lo que sucede en la mera autorización no contractual, "no constituyen renunciaciones ni actos de disposición de los derechos de la personalidad citados, ni actos de ejercicio en sentido positivo de esos derechos fundamentales, ni, menos aún, causas de justificación de esas intromisiones, sino, más bien, ejercicio de una legítima autonomía negocial sobre facultades jurídicas de rango ordinario en el marco de un contrato atípico. Ni derechos fundamentales, pues, ni siquiera -al menos, todavía- derechos subjetivos *sensu stricto*". Hace referencia este autor a lo que se ha llamado derecho patrimonial a la imagen pero sin darle la categoría de derecho subjetivo sino de meras facultades implícitas en el derecho a la imagen que no tienen rango fundamental. Partiendo de esta base entiende que no cabe la revocación pues aceptarla sería aceptar que el cumplimiento de las prestaciones quedara al arbitrio de una de las partes. Sin embargo, lo que no puede negarse es que la ley orgánica 1/1982 habla de revocación sin diferenciar entre el consentimiento contractual y la mera autorización no contractual. Quizás por ello CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H.; "Reflexiones...", cit., págs. 1254-1256 dice que la celebración del contrato supone una renuncia a la facultad de revocación establecida en la ley orgánica 1/1982. En la misma línea CABEZUELO ARENAS, Ana Laura; *Derecho a la intimidad*, Valencia, 1998, págs. 146-147 donde sostiene que en el contrato sobre la imagen sólo hay intereses económicos pero no existe el elemento personal del derecho a la imagen que sólo se dará en los actos de disposición no patrimoniales por lo que la revocación de la que habla la ley orgánica 1/1982 se da en actos de disposición del derecho a la imagen pero no en contratos sobre el derecho a la imagen.

Por su parte, IGARTÚA ARREGUI, Fernando; "El derecho a la imagen en la jurisprudencia española", en SALVADOR CODERCH, Pablo; *El mercado de las ideas*, Madrid, 1990, pág. 328 en nota a pie de página entiende que cuando la ley orgánica 1/1982 habla de revocación no está pensando en los actos de disposición sobre un derecho fundamental que es indisponible por lo que la revocación no será posible en los contratos. Pero, si esto es así, no se entiende, como observa CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H.; "Negocios jurídicos de disposición...", cit., pág. 47, para qué se prevé la revocación y la consiguiente indemnización si ello produce daños.

GITRAMA GONZÁLEZ, M.; "El derecho a la propia imagen, hoy"..., cit., pág. 222 de forma más matizada entiende que sólo una modificación sustancial de las circunstancias justifica la posibilidad de revocar porque en el ámbito contractual la regla es la imposibilidad de revocar.

<sup>401</sup> También así ROVIRA SUEIRO, M.E.; *Op. Cit.*, pág. 71 y ROYO JARA, J.; *Op. Cit.*, págs. 104 y ss.

del titular del derecho<sup>402</sup>. No puede desvincularse la esfera patrimonial del derecho a la imagen de la esfera personal o fundamental puesto que, para poder comerciar con la imagen, es preciso hacer un uso personal de la misma. La diferencia entre un acto por el que se consiente aparecer en un programa de televisión como público y el consentimiento contractual para el uso de la propia imagen en una película o anuncio televisivo a cambio de una cantidad económica es que en el segundo caso estamos ante un contrato oneroso y en el primero ante un mero acto de disposición pero en ambos casos hay una cesión de la imagen, en el primero pura y simple, en el segundo acompañada de un consentimiento contractual. En las dos situaciones debe permitirse, por tanto, la revocación del consentimiento que hace referencia al elemento personalista del derecho pues no estamos ante dos derechos independientes sino ante dos facetas de un mismo derecho que en el contrato sobre la imagen aparecen de forma simultánea. Por esta razón, habrá que tener en cuenta la imposibilidad de que la prestación quede al arbitrio de una sola de las partes (1256 CC) pero ello deberá compatibilizarse con la posibilidad de revocar el consentimiento a la intromisión en la imagen<sup>403</sup>. Sólo relacionando estos dos criterios se conseguirá evitar la aparente indefensión en la que sume el precepto comentado a la parte que contrata con el titular del derecho a la imagen. Se trata de conseguir que, permitiendo la revocación del consentimiento, para proteger así el elemento personal de la imagen, se tutelen los intereses de la otra parte contractual.

Así, creemos que es preciso reconducir la revocación del consentimiento, para la cual, recordémoslo, se prevé una indemnización cuando se causa un daño, a la figura del incumplimiento contractual. En la medida en que estamos ante un derecho fundamental, el legislador permite que se revoque el consentimiento relativo a la cesión de la vertiente fundamental del derecho a la imagen<sup>404</sup>. Ahora bien, tal revocación tiene, como es lógico, una repercusión

---

<sup>402</sup> AMAT i LLARI, E.; "El derecho a la propia imagen como derecho de la personalidad y como derecho patrimonial...", cit., pág. 137.

<sup>403</sup> AZURMENDI ADARRAGA, A.; *Op. Cit.*, pág. 209.

<sup>404</sup> Se trata de una situación similar a la prevista en el art. 14.6 de la ley de propiedad intelectual en el que se dice que forma parte del derecho moral de autor la posibilidad de retirar la obra del comercio por cambio en las convicciones personales siempre y cuando se indemnice

directa sobre el vínculo contractual relativo a la imagen en el sentido de que la protección de las facultades con rango fundamental del derecho, que se persigue con la posibilidad de revocar, comporta el incumplimiento de la prestación derivada del contrato de explotación económica de la imagen. De esta forma la revocación sería del consentimiento a prestar la imagen desde un punto de vista personalista o fundamental y ello tendría como consecuencia el incumplimiento de la prestación contractual que recae de forma principal en el elemento patrimonial del derecho. No se revoca el consentimiento contractual sino la autorización para hacer uso de la imagen del titular del derecho lo cual provoca un incumplimiento contractual.

Es cierto que el art. 1256 CC prohíbe que el cumplimiento del contrato quede al arbitrio de uno solo de los contratantes pero no es esto lo que sucede en este caso. El art. 1256 CC debe interpretarse en el sentido de que el deudor debe quedar obligado por el contrato sin que pueda quedar a su arbitrio la decisión de si queda efectivamente vinculado o no<sup>405</sup>. En el caso que nos ocupa, la obligación contractual no queda al arbitrio del deudor pues ésta existe al margen de si revoca el consentimiento para la cesión del elemento personal del derecho a la imagen. El titular del derecho está obligado contractualmente aunque la revocación del consentimiento para el uso del elemento personal comporte el efectivo incumplimiento de la obligación. Todo deudor puede, a su arbitrio, incumplir la obligación que ha asumido sin que el ordenamiento jurídico pueda obligarle a que cumpla puesto que ello supondría un atentado inadmisibles a su esfera de libertad personal pero lo que sí es posible es obligar al deudor a someterse a las consecuencias que la ley prevé para tal incumplimiento<sup>406</sup>. La ley orgánica 1/1982 establece que revocar el consentimiento comportará la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados incluyendo en ellos las expectativas justificadas. El criterio que toma como referencia la ley para

---

previamente. En la medida en que el derecho moral de autor es un derecho fundamental se permite al autor retirar la obra pero puesto que ello afecta al derecho patrimonial de autor deberá indemnizarse previamente.

<sup>405</sup> QUIÑONERO CERVANTES, Enrique; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, Vol. 1-A, Madrid, 1993, pág. 306.

<sup>406</sup> PUIG FERRIOL, Lluís en PUIG FERRIOL-GETE-ALONSO Y CALERA-GIL RODRÍGUEZ-HUALDE SÁNCHEZ; *Manual de Derecho Civil*, Vol. II, Madrid, 1996, pág. 64.

determinar la obligación de indemnizar es la existencia de daño o perjuicio con independencia de si la cesión del derecho se ha producido a través de contrato o de mero acto dispositivo. Debe entenderse que, dado que en ambos casos es posible el perjuicio, en ambos casos es posible la indemnización.

De esta forma, se supera el obstáculo que supone la posibilidad de revocar en la cesión de la imagen mediante contrato porque se respeta el derecho fundamental del sujeto en la medida en que le es permitida la revocación pero se protege a la otra parte contractual obligando al titular del derecho a la imagen que revoca el consentimiento a pagar una indemnización como consecuencia del incumplimiento que tal revocación implica. Y se protege a la otra parte no sólo porque se le indemniza por los perjuicios que pueda sufrir por el incumplimiento sino que, por aplicación de la resolución por incumplimiento en las obligaciones sinalagmáticas (art. 1124 CC), queda liberado de realizar su propia prestación y, en su caso, debe devolverse lo que ya cumplió.

La revocación conllevará, por tanto, una indemnización que se calculará atendiendo no sólo a los daños efectivamente producidos, daño emergente, sino también a los beneficios que se han dejado de obtener, el lucro cesante<sup>407</sup>. En efecto, ello se desprende del propio art. 2.3 de la ley orgánica 1/1982 cuando dice que se indemnizarán “los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas”.

Debe plantearse en este lugar si el menor de edad puede revocar el consentimiento para el uso de la propia imagen o no. El art. 3 de la ley orgánica 1/1982 permite al menor de edad con suficiente madurez que preste por sí mismo el consentimiento para el uso de la propia imagen por lo que entendemos que si el menor tiene capacidad natural para prestar el consentimiento también podrá revocarlo. Si la ley permite al mayor de edad revocar el consentimiento prestado para el uso de la propia imagen con mayor razón debe permitirse hacerlo al menor que tiene capacidad natural para ejercer sus derechos de la personalidad

---

<sup>407</sup> O'CALLAGHAN, MUÑOZ, Xavier; *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Madrid, 1991, pág. 141.

pero que todavía no tiene capacidad de obrar plena pues el objetivo último de la revocación es la protección del bien jurídico imagen.

Además, el art. 3.1 del proyecto de ley orgánica 1/1982 decía que “los menores que tengan suficiente uso de razón habrán de contribuir junto con su representante legal, a la prestación del consentimiento o a su revocación”. En el texto definitivo se estableció que era el menor con suficiente madurez quien debía prestar el consentimiento para adecuar el precepto a lo previsto con carácter general por el art. 162.2 CC que dice que en sede de derechos de la personalidad el menor deberá actuar por sí mismo si tiene suficiente madurez. Pero lo que importa a estos efectos es que el proyecto hacía referencia a la posibilidad de prestar el consentimiento y la revocación sin que logre entenderse el motivo de la posterior eliminación de esto último por lo que más bien parece un descuido fruto de la nueva redacción acordada para permitir consentir al menor por sí mismo cuando tiene madurez. Quien puede lo más puede lo menos y, si se permite al menor disponer de su derecho, con mayor razón debe permitírsele realizar un acto que le deja en la situación inicial, es decir, en la no cesión del derecho.

Por otra parte, debe insistirse en la idea de que es el menor, y no sus representantes legales, quien puede revocar incluso cuando el acto de disposición se ha realizado mediante contrato porque el consentimiento revocado recae sobre el elemento personal del derecho por lo que quien debe prestar el consentimiento o, en su caso, revocarlo, es el propio menor conforme al art. 162.2 CC<sup>408</sup>.

Ahora bien, es cierto que el menor responde con su patrimonio de la posible indemnización por daños y perjuicios tanto si se trata de revocar un mero acto de disposición como si éste se realiza a través de un contrato. Es decir, el menor tiene madurez para actuar en el ámbito de sus derechos de la personalidad pero en el caso de la revocación del consentimiento, ello tiene consecuencias en el ámbito patrimonial. Cuando los daños se han producido por la revocación del

---

<sup>408</sup> Cuestión diferente es que los representantes legales pudieran anular un contrato sobre la imagen que suponga la realización de una prestación personal celebrado por el menor sin el necesario complemento de la capacidad.

consentimiento a la intromisión en la imagen también será el menor responsable de indemnizar los perjuicios.

Una segunda cuestión a estudiar es qué sucede cuando el menor no tiene suficiente madurez y son sus representantes quienes han prestado el consentimiento para el uso de la propia imagen. En este caso debe entenderse que serán los representantes quienes puedan revocar el consentimiento pues si la ley orgánica 1/1982 permite que, de forma excepcional, los representantes legales del menor consientan el uso de la imagen del menor debe entenderse que también podrán revocar el consentimiento pues el resultado de la revocación es la no injerencia en el derecho de la personalidad del menor. Si se acepta la revocación del consentimiento prestado para el uso de la propia imagen con mayor razón deberá aceptarse la revocación del prestado para el uso de la imagen del menor. Si la representación legal en este ámbito es excepcional debe favorecerse la revocación del consentimiento para el uso de la imagen del menor. Por ello, debe entenderse que la revocación podrá realizarla cualquiera de los representantes legales con independencia de cuál de ellos hubiera prestado el consentimiento<sup>409</sup>. Además, aunque para prestar el consentimiento es preciso que intervenga el Ministerio Fiscal y, en su caso, el Juez, para la revocación no serán necesarias estas garantías puesto que, ni la ley orgánica 1/1982 las prevé, ni las consecuencias sobre el derecho fundamental son las mismas que cuando se consiente el uso de la imagen del menor.

En cualquier caso cabe plantearse aquí quién es responsable de los daños y perjuicios. Ciertamente la disposición del derecho se hace en nombre del menor por lo que parece que será éste quien deba responder por los daños y perjuicios que la revocación cause a terceros. Sin embargo, no puede obviarse que en este caso el consentimiento que ahora se revoca lo prestaron los representantes

---

<sup>409</sup> Así la SAP de Tarragona de 18 de enero de 1995 plantea un caso en el que el consentimiento para la aparición de la imagen de los menores en la publicidad del colegio prestado por la madre fue revocado por el padre y afirma: "La esencia del derecho a la propia imagen permite la revocación del consentimiento, y tratándose de menores, éste debe ser prestado por los progenitores, siendo indiferente que lo prestara la madre y lo revocara el padre incluso a través de mandatario verbal por medio de telegrama, y que no fuera ofrecida indemnización alguna por los posibles daños o perjuicios que se pudieran causar a quien se autorizó, sin perjuicio de que éstos puedan ser reclamados en la vía que corresponda".

legales por lo que debe admitirse la posibilidad de que los hijos menores ejecuten acción de regreso cuando alcancen la mayoría de edad.

Si la cesión del derecho a la imagen se hace de forma contractual comprometiendo la realización de una prestación personal del menor, estaremos ante una promesa de hecho ajeno por lo que aquí claramente deberán indemnizar los representantes legales porque la revocación supondría un incumplimiento contractual propio.

Ahora bien, es cierto que en determinadas ocasiones parece contrario a la equidad permitir la revocación del consentimiento cuando la actuación del titular del derecho es contraria a la buena fe. Por ello, hay que entender que existen una serie de límites a la facultad de revocar. Así, la revocación es irretroactiva por lo que no puede realizarse respecto de usos de la imagen ya practicados. Además, hay que tener en cuenta el principio de buena fe y la teoría del abuso de derecho como límites intrínsecos del derecho a la imagen puesto que ningún derecho es ilimitado<sup>410</sup>.

## **6. LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL.**

### **6.1. Cuando el menor tiene suficiente madurez y presta el consentimiento a la intromisión.**

El art. 3.1 de la ley orgánica 1/1982 establece que el consentimiento debe prestarse por los menores cuando tengan suficiente madurez. Sin embargo, el art. 4.2 de la ley orgánica 1/1996 dice que “La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que pueden implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, 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”. El punto tercero del mismo precepto añade 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

---

<sup>410</sup> ROYO JARA, J.; *Op. Cit.*, pág. 104.



reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales”. Por último el apartado 4 del art. 4 de la ley orgánica 1/1996 dice que “Sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública”. Por tanto, aunque el menor con madurez suficiente puede consentir válidamente por sí mismo la intromisión en su derecho a la imagen, cuando dicha intromisión sea contraria a su personalidad o a sus derechos fundamentales, deberá intervenir el Ministerio Fiscal. Aunque el menor pueda prestar válidamente su consentimiento por tener madurez suficiente, el Ministerio Fiscal deberá actuar *a posteriori* para proteger el interés del menor.

La previsión de la ley orgánica 1/1996 ha sido objeto de duras críticas entre la doctrina que considera que choca abiertamente con el principio de capacidad del menor<sup>411</sup> y que debería haberse configurado la intervención del Ministerio Fiscal con carácter subsidiario y no como posibilidad de desplazar la actuación paterna<sup>412</sup>.

Es cierto que la ley orgánica 1/1996 afirma en su art. 4.3 que existirá intromisión ilegítima en el derecho al honor, intimidad y propia imagen cuando se menoscabe la honra del menor o se vulnere su interés “incluso si consta el consentimiento del menor”. El origen de esta expresión lo encontramos en una enmienda a la totalidad con texto alternativo que presentó durante la tramitación

---

<sup>411</sup> ROVIRA SUEIRO, M.E.; *Op. Cit.*, págs. 127-128 que dice que “no somos partidarios del reforzamiento que se pretende ni de la forma en que se lleva a cabo -con la ampliación de los supuestos de legitimación del ministerio público-, tal y como expondremos, en la medida en que choca abiertamente con el principio de capacidad del menor que finalmente resulta positivizado en el art. 2.2 de la propia ley del menor cuando establece que “las limitaciones de la capacidad de obrar del menor se interpretarán de forma restrictiva”, sino que además desdice completamente los propósitos de dotación al menor de un marco jurídico de protección...”.

<sup>412</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Op. Cit.*, pág. 1692, ROVIRA SUEIRO, M.E.; *Op. Cit.*, págs. 128-130 y en relación al anteproyecto de la ley, también MARCHENA GÓMEZ, Manuel; “La protección de la intimidad de los menores: perspectivas civil y penal”, en *Revista General del Derecho*, 1994, nº 603, pág. 12489.

parlamentaria de la ley el grupo IU-IC<sup>413</sup>. A través de enmienda transaccional presentada por el grupo PSOE y que es el actual texto vigente, se decía “incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales”<sup>414</sup>. De esta forma viene a afirmarse que la intromisión ilegítima en el derecho del menor puede darse cuando éste tiene suficiente madurez y consiente por sí mismo o cuando no la tiene y lo hacen sus representantes legales. Por tanto, cuando se dice “incluso si consta el consentimiento del menor” la ley se está refiriendo a aquel supuesto en el que el menor tiene suficiente capacidad natural y, en consecuencia, es él mismo quien consiente la intromisión. Ciertamente, ello puede poner en duda el respeto a la capacidad del menor, máxime cuando las limitaciones a la capacidad del menor deben interpretarse de forma restrictiva según reza el art. 2 *in fine* de la ley orgánica 1/1996. Sin embargo, deben hacerse algunas consideraciones al respecto.

En realidad, esta previsión tiene que ponerse en relación con la protección del interés del menor, esto es, de sus derechos fundamentales pues el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 afirma que habrá intromisión ilegítima cuando se utilice la imagen o el nombre del menor<sup>415</sup> en medios de comunicación que puedan implicar un menoscabo de su honra o reputación “o que sea contraria a sus intereses”. Cuando el art. 3.1 de la ley orgánica 1/1982 permite que el menor con capacidad natural consienta por sí mismo las intromisiones en su derecho a la imagen está haciendo una aplicación concreta de la regla general de los arts. 162.2 CC y 155.2 CF pues permite que el menor ejerza por sí mismo su derecho a la imagen. Sin embargo, cuando el acto dispositivo del derecho se realiza a través de un contrato sobre la imagen, no sólo se está ejerciendo un derecho fundamental sino también se está prestando un consentimiento contractual para el que en la

---

<sup>413</sup> En el art. 5 del texto alternativo se establecía como un derecho del menor “que no se difunda información o se utilicen imágenes o el nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, incluso si consta el consentimiento del menor” (BOCG. Congreso de los Diputados. V Legislatura. Serie A: proyectos de ley. 22 de septiembre de 1995, nº 117-8).

<sup>414</sup> Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 18 de octubre de 1995, nº 593.

<sup>415</sup> Es cierto que el precepto establece que la intromisión ilegítima se producirá por el uso de la imagen o del nombre del menor pero también se producirá cuando se use información relativa al menor tal como establecía la propuesta presentada por el grupo IU-IC. Sin embargo, es cierto, que transmitir determinada información sin difundir el nombre o la imagen del menor no supone una intromisión por cuanto no será posible identificarlo.

mayoría de casos, salvo que el menor esté emancipado, se necesita el complemento de la capacidad por los representantes legales dirigido a asegurar el respeto a las normas imperativas de protección del menor y a evitar cualquier perjuicio en el interés del menor que pueda acompañar al ejercicio del derecho fundamental a la imagen. Aunque el menor haya prestado su consentimiento a la cesión de la imagen, cuestión perfectamente legítima, es posible que la situación que rodea dicha disposición sea perjudicial para él en cuyo caso se prima la protección del menor por encima de la decisión que éste ha tomado sobre su derecho a la imagen. Es posible que el menor haya consentido válidamente la intromisión en el elemento personal del derecho a la imagen y que, en cambio, exista un perjuicio del interés del menor.

Por ello, la intervención del Ministerio Fiscal no irá dirigida a restringir la capacidad natural del menor si efectivamente ésta es suficiente, sino a garantizar que no se vulnera el libre desarrollo de la personalidad del menor o cualquiera de sus derechos fundamentales. En efecto, incluso cuando es el propio menor quien presta el consentimiento a la cesión de la imagen o a la prestación personal hay que tener en cuenta que los representantes, en ejercicio de la potestad que tienen asignada, deben velar por la protección del interés del menor. Si ello no es así, el Ministerio Fiscal podrá intervenir incluso si consta el consentimiento del menor, no porque pretenda limitar la su capacidad sino porque pretende impedir una actuación incorrecta del ejercicio de la potestad de los padres o tutores en el complemento de la capacidad del menor. La madurez del menor para el ejercer su derecho de la personalidad o incluso para prestar el consentimiento contractual no supone la capacidad necesaria para valorar las circunstancias que rodean el ejercicio de dicho derecho como demuestra el hecho de que sea necesario el complemento de capacidad del menor en la prestación del consentimiento contractual.

Al legislador le preocupaban aquellos casos en que es el menor quien consiente la intromisión por cuanto el ámbito en que se desarrolla la misma puede

vulnerar su interés y de ahí la previsión del art. 4.2 y 4 de la ley orgánica 1/1996<sup>416</sup>.

La diferencia entre el art. 3 de la ley orgánica 1/1982 y el art. 4 de la ley orgánica 1/1996 es que, si bien el Ministerio Fiscal intervendrá en ambos casos, en el primero es requisito *sine qua non* para la validez del contrato que se haya notificado al Ministerio Público y éste no se haya opuesto mientras que en el segundo sólo intervendrá, aunque de oficio, cuando considere que ha existido una intromisión ilegítima o contraria al interés del menor en el derecho del menor. Por tanto, en el primer caso, el Ministerio Fiscal intervendrá *a priori* y siempre porque la notificación es requisito de validez del contrato mientras que en el segundo, intervendrá de oficio, *a posteriori* y sólo en determinados casos.

Respecto de la crítica que considera que la intervención del Ministerio Fiscal en los casos en que el menor no ha prestado su consentimiento por sí mismo por carecer de suficiente madurez debería ser subsidiaria<sup>417</sup> y limitarse a aquellos casos en que los representantes legales no existen o, de forma injustificada, no actúan, creemos que deben hacerse algunos comentarios.

Es cierto que el art. 4.4. de la ley orgánica 1/1996 prevé que, junto a la actuación de los representantes legales, que según el art. 4.5 de la misma ley deben proteger los derechos del menor, podrá intervenir el Ministerio Fiscal. Al

---

<sup>416</sup> Durante los trabajos parlamentario de la ley orgánica 1/1996 surgió cierta polémica sobre si debían regularse los derechos fundamentales del menor para reglar las especialidades que éstos presentaban (Sra. Urán González del grupo Izquierda Unida- Iniciativa per Catalunya en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 28 de septiembre de 1995, nº 172) o si, por el contrario, ello no era necesario porque éstos quedaban regulados por la Constitución y Tratados internacionales con carácter general (Sra. Del Campo Casasús en nombre del grupo socialista en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 28 de septiembre de 1995, nº 172). Finalmente se llegó al consenso de que, partiendo de la existencia de esos derechos en nuestro ordenamiento jurídico, se utilizaría la ley orgánica 1/1996 para desarrollar aquellos derechos respecto de los cuales la legislación existente resultara insuficiente.

<sup>417</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Op. Cit.*, pág. 1692 dice en relación al art. 4 párrafos 2 y 3 de la ley orgánica 1/1996 de protección del menor: "Hay, pues, una concurrencia de legitimaciones activas que en buena lógica debían de haberse articulado de modo subsidiario: El Ministerio Fiscal cuando no existen representantes legales o no ejercitan la acción infundadamente. Además, se hubiera evitado el desplazamiento de la autoridad paterna o del tutor, que puedan juzgar que es en algunos casos mucho más peligroso para la vida futura del menor entablar un proceso que la propia intromisión ilegítima. Esas cosas difícilmente se ponderan en una actuación oficial, que es una más entre mil, atenta exclusivamente al cumplimiento de la ley".

margen de aquellos casos en que los representantes legales no inician acciones por haber sido ellos mismos quienes han promovido la intromisión ilegítima o por negligencia, es posible una actuación simultánea de los representantes legales y el Ministerio Fiscal lo cual, no es en absoluto criticable pues supone una doble protección del menor.

En efecto, la protección de los bienes jurídicos de la personalidad del menor es una cuestión de orden público por lo cual sus representantes legales tienen asignada la función de protegerlos. El Ministerio Fiscal, además de proteger el interés del menor, debe controlar el correcto ejercicio del contenido de la potestad que tienen asignada los padres y el tutor. Los representantes legales del menor y el Ministerio Fiscal concurren en la actividad protectora de los bienes jurídicos de la personalidad y ello no debe rechazarse pues hay que abandonar definitivamente la idea de que la familia es un ámbito privado exento de injerencias estatales. El interés del menor es una cuestión de orden público y como tal vendrá garantizada por los padres o el tutor que tienen asignada esa potestad pero también por el Ministerio Fiscal y la autoridad judicial<sup>418</sup>.

## **6.2. Cuando el menor no tiene suficiente capacidad para actuar por sí mismo.**

El art. 3.2 de la ley orgánica 1/1982 dice que, cuando el menor no tiene suficiente madurez, “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 opusiese, resolverá el Juez”. En el art. 4 de la ley orgánica 1/1996 se establece que cuando exista una intromisión ilegítima en los derechos del menor deberá intervenir el Ministerio Fiscal para instar las medidas cautelares y de protección previstas en la ley y solicitar las indemnizaciones correspondientes. Si bien la ley orgánica 1/1982 prevé la intervención del Ministerio Fiscal de forma preventiva, la ley orgánica 1/1996 lo hace para el

---

<sup>418</sup> No debe extrañar que, en aras a la protección del orden público, concurren Ministerio Fiscal y particulares en la protección de los bienes jurídicos de la personalidad. Así, en los casos de homicidio concurre el Ministerio Fiscal y la acusación particular con la finalidad de proteger el bien jurídico vida que ha sido vulnerado.

supuesto de que la intromisión en el derecho a la imagen ya se haya producido. Por tanto, cuando el menor no tiene suficiente madurez, serán sus representantes legales quienes ejerzan su derecho a la imagen pero para ello será precisa la intervención previa del Ministerio Fiscal (art. 3 de la ley orgánica 1/1982) y, cuando el menor tiene madurez suficiente y presta por sí mismo el consentimiento, el Ministerio Fiscal intervendrá *a posteriori* si la intromisión en la imagen perjudica el interés del menor (art. 4 de la ley orgánica 1/1996).

Como se ha señalado, la novedad de la ley orgánica 1/1982 no es tanto la posibilidad de que el menor de edad preste el consentimiento por sí mismo cuando tenga suficiente madurez, pues ello no deja de ser una aplicación de la teoría general de la capacidad del menor contemplada en el art. 162.2 CC y 155.2 CF, sino el hecho de que se someta el consentimiento prestado por sus representantes legales a la aprobación del Ministerio Fiscal<sup>419</sup>. La necesidad de notificación y aprobación del Ministerio Fiscal no es más que una consecuencia del carácter personalísimo y, en principio, indisponible de estos derechos<sup>420</sup>. Hay que tener presente que estamos ante un caso de representación legal sobre un derecho de la personalidad y ello sólo puede aceptarse de forma excepcional por lo que es lógico que la ley prevea mecanismos para garantizar que no se vulnera el interés del menor. Se trata de establecer un control sobre el ejercicio de la patria potestad o la tutela y, sobre todo, de que en el ejercicio de un derecho fundamental del menor no se vulnere su interés. Hay que tener en cuenta que la contratación relativa al derecho a la imagen de los menores de edad es especialmente delicada y peligrosa porque el valor económico de estas imágenes es muy elevado<sup>421</sup>. La intervención del Ministerio Fiscal tiene como finalidad evitar

---

<sup>419</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.; *Op. Cit.*, pág. 660 y AZURMENDI ADARRAGA, A.; *Op. Cit.*, pág. 170-179, HERRERO-TEJEDOR, F.; *Honor, intimidad...*, cit., pág. 223 y ESTRADA ALONSO, Eduardo; *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo*, Madrid, 1988, pág. 90.

<sup>420</sup> AZURMENDI ADARRAGA, A.; *Op. Cit.*, pág. 170.

<sup>421</sup> ROYO JARA, J.; *Op. Cit.*, pág. 110 dice que cada vez "son más los anuncios en los que encontramos imágenes de adolescentes utilizadas como reclamo de productos comerciales de todo tipo (...) es bien conocida la trayectoria narrativa cinematográfica que utiliza al menor como cebo sentimental, a veces en el más noble de los sentidos, para la rentabilidad del producto" y añade "en el cine aparecen imágenes de niños prodigio cuyas historias enternecen al mundo. Imágenes y temuras que esos adolescentes, llegados a su madurez, se han encargado de desmentir como manipuladoras de su personalidad".

que otros intereses menos atendibles, ya de los representantes, ya de terceros, primen sobre el interés del menor.

El Ministerio Fiscal deberá tener en cuenta los intereses personales y patrimoniales del menor para decidir si manifiesta su oposición o no a la realización del contrato. En relación a la actuación de los representantes legales en el ámbito patrimonial, el Ministerio Fiscal debe asegurarse de que se han protegido los intereses económicos del menor atendiendo al valor patrimonial de su imagen. Si la cesión del derecho a la imagen supone, además, la realización de una actividad por el menor, pese a que quien queda vinculado es el representante legal cuando el menor no tiene madurez suficiente para consentir por sí mismo, es el menor quien debe beneficiarse económicamente de ello pues lo contrario supondría la existencia de explotación infantil. En el ámbito personal, el Ministerio Fiscal deberá controlar que se respetan las normas imperativas de protección del menor y que no se vulneran los bienes jurídicos de la personalidad del menor.

La constancia del cumplimiento del requisito de la notificación al Ministerio Fiscal sin que conste oposición podrá hacerse por los procedimientos habituales (sellado de la copia del escrito de exposición, certificación del hecho de la comparecencia,...) mientras que, si el Fiscal se opone, será precisa una declaración expresa de voluntad que debe ser recepticia<sup>422</sup> y que puede ser recurrida en su caso ante la Audiencia Provincial correspondiente.

Cuando se impide realizar el contrato válidamente por considerar que ello puede perjudicar al menor, ha habido un doble control puesto que ante la oposición del Ministerio Fiscal debe intervenir el Juez<sup>423</sup>. En efecto, cuando desde las instituciones públicas se impide la realización del contrato es porque tanto el

---

<sup>422</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.; *Op. Cit.*, pág. 980.

<sup>423</sup> Por ello, nos parece adecuado que sea el Ministerio Fiscal quien realice las funciones de control pues, como dice HERRERO-TEJEDOR, F.; *Honor, intimidad...*, cit., pág. 223, ello agiliza los trámites y que, en caso de oposición de éste intervenga el Juez pues ello supone un doble control. En contra el Magistrado CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L.; *Op. Cit.*, pág. 137 dice que “parece un contrasentido en el que quizás el legislador no haya caído, exigir autorización judicial para enajenar o gravar los bienes de los menores e incapaces (...) y no requerirla para consentir una intromisión en el ámbito de un derecho fundamental, ya que equivale a minusvalorar éstos y a colocar por encima de ellos intereses patrimoniales”.

Ministerio Fiscal como el Juez han coincidido en que aquél sería perjudicial para el menor.

Estamos ante un caso excepcional de representación legal sobre derechos de la personalidad del menor sin suficiente madurez. Por ello, la ley orgánica 1/1982 exige de una parte, la notificación previa al Ministerio Fiscal y de otra, la ausencia de oposición de éste que son *conditio iuris* para otorgar eficacia al consentimiento de los representantes<sup>424</sup>. Si se firma un contrato sobre el derecho a la imagen del menor sin capacidad natural en el que no se realiza la notificación previa al Ministerio Fiscal estaremos ante un contrato nulo y lo mismo cabe decir para el caso de que el contrato se haya firmado pese a la oposición del Ministerio Fiscal y el Juez. En efecto, si bien es cierto que el contrato reunirá los elementos esenciales del art. 1261 CC, también lo es que está incumpliendo lo establecido en el art. 3.1 de la ley orgánica 1/1982 que es una norma imperativa por lo que será de aplicación en este caso el art. 6.3 CC que establece la nulidad radical de aquellos actos que contravengan normas imperativas<sup>425</sup>. Si el contrato es nulo, ni nacen de él obligaciones ni existe la obligación de cumplirlo ni la no realización de la prestación personal origina la indemnización por incumplimiento. La obligación de indemnizar en caso de incumplimiento podría provocar que los representantes legales ejercieran presión sobre los menores para conseguir que éstos realizaran la prestación mientras que si consideramos el contrato nulo ello no sucederá puesto que, si ninguna obligación nace del contrato, la no realización de la prestación no originará la obligación de indemnizar por incumplimiento.

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando el contrato que no se notificó al Ministerio Fiscal ya se ha cumplido? Este supuesto se plantea en la SAP de Madrid de 19 de marzo de 1999 en el que se juzgaba el caso de un madre que denunció la

---

<sup>424</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.; "Notas sobre la protección ...", cit., pág. 225, HERRERO-TEJEDOR, F.; *Honor, intimidad...*, cit., pág. 223, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.; *Op. Cit.*, págs. 667-668 y ESTRADA ALONSO, E.; *Op. Cit.*, págs. 90-91.

En la SAP de Pontevedra de 20 de abril de 1994 se sostiene que, aunque los padres habían consentido tácitamente que su hija menor de edad apareciera en una revista de moda infantil, no podía otorgarse eficacia a dicho consentimiento en la medida en que no se había cumplido previamente el trámite de notificación al Ministerio Fiscal.

<sup>425</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.; *Op. Cit.*, pág. 984.



venta de menores para la adopción en un programa de televisión. En la entrevista aparecía la madre con su hija menor de edad sin que se hubiera notificado tal circunstancia al Ministerio Fiscal. Es evidente que se había contravenido una norma imperativa por lo que, por aplicación de lo dispuesto en el art. 6.3 CC, el contrato era nulo debiéndose devolver lo entregado y no debiéndose cumplir las prestaciones del contrato. Ahora bien, si el contrato ya se había cumplido y con ello se había producido una intromisión ilegítima, había una vulneración del derecho a la imagen por lo que, en base al art. 4 de la ley orgánica 1/1996, debía intervenir el Ministerio Fiscal. Esto era, como señala la sentencia, lo que sucedía en el caso estudiado pues a la noticia de la venta de menores para su adopción, que sí era de interés público, no aportaba información alguna la aparición de la menor en el programa además de ser contrario a su interés. Por ello, la sentencia falló que la menor debía ser indemnizada y dedicarse la cantidad recibida a su formación y educación.

Las normas relativas a la patria potestad-tutela y la representación legal son normas de carácter imperativo y el ordenamiento jurídico puede prever mecanismos que permitan garantizar el respeto a la mismas. El Fiscal no puede permanecer pasivo cuando de la protección de menores<sup>426</sup> se trata pues el art. 3.7 de su Estatuto orgánico<sup>427</sup> le encomienda “asumir, o en su caso, promover, la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos”. El art. 232 CC establece que la tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal que podrá pedir al tutor un informe de la situación del menor en cualquier momento y el art. 193 CF establece que el Fiscal puede solicitar a la autoridad judicial cualquier medida que crea necesaria para el buen funcionamiento de la tutela. Por otra parte, la instrucción 2/1993 de la Fiscalía General del Estado sobre la función del Ministerio Fiscal y el derecho a la intimidad de los menores víctimas de un delito recuerda que el Fiscal no puede limitarse a contemplar pasivamente los problemas del menor incluso derivados de maquinaciones

---

<sup>426</sup> HERRERO-TEJEDOR, F.; *La intimidad como derecho fundamental*, cit., pág. 85.

<sup>427</sup> Ley 50/1981, de 30 de diciembre.

familiares<sup>428</sup>. Y, sobre todo, el art. 4 de la ley orgánica 1/1996 dice que corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal el ejercicio de las acciones pertinentes pudiendo actuar de oficio, a instancia del menor o de cualquier persona interesada. La función del Ministerio Fiscal es actuar en la defensa de los bienes de la personalidad del menor con posterioridad al acto dispositivo.

Por tanto, el Ministerio Fiscal podrá intervenir también en aquellos casos en los que, no habiendo intervenido *a priori* porque se ha incumplido la obligación de notificarle la celebración del contrato, se ha vulnerado el interés del menor<sup>429</sup>. Creemos que también está facultado para hacerlo en aquellos casos en los que sí ha intervenido previamente pero se han incumplido las cláusulas contractuales protectoras del menor.

Por otra parte, la necesaria intervención del Ministerio Fiscal cuando el menor no tiene madurez suficiente puede llevar en algún caso a exigir al menor que preste el consentimiento como si tuviera suficiente capacidad natural para así evitar el control público. En efecto, el art. 3.1 de la ley orgánica 1/1982 permite que sea el menor con suficiente madurez quien preste el consentimiento a la cesión del derecho a la imagen sin necesidad de que ello se notifique al Ministerio Fiscal por lo que los representantes legales pueden aprovechar este precepto para eludir la necesaria notificación al Ministerio Público que establece el art. 3.2 de la citada ley orgánica para los casos en que el menor no tiene madurez suficiente. Ello especialmente cuando la cesión de la imagen va unida a la realización de una prestación personal que puede vulnerar el libre desarrollo de la personalidad del menor y sus derechos fundamentales máxime si estamos en una situación irregular en la que los representantes legales eluden el control previo del

---

<sup>428</sup> Instrucción 2/1993, de 15 de marzo de la Fiscalía General del Estado.

<sup>429</sup> Así puede suceder en todos aquellos casos de hijos de personajes famosos que aparecen en los llamados programas del corazón acompañando a sus padres, saliendo de la escuela, asistiendo a una fiesta infantil,... en los cuales con toda probabilidad no se ha producido notificación al Ministerio Fiscal pues en muchos casos la presión mediática sobre el menor supone una auténtica vulneración de su interés.

Debe tenerse en cuenta que, si bien en un contrato sobre la imagen que suponga la realización de una actividad por el menor la notificación al Ministerio Fiscal se cumplirá, en otros casos, como la aparición del menor en la revista de la escuela o la publicación de la foto del hijo de un famoso mientras sale de la escuela, quizás no hayan cumplido con la preceptiva notificación al Ministerio Fiscal.

Ministerio Fiscal. Por ello, deberá intervenir el Ministerio Fiscal *a posteriori* para proteger al menor y si los padres o el tutor le han inducido a que preste el consentimiento en un contrato contrario a sus intereses sin tener suficiente madurez, deberán asumir las consecuencias de no haber cumplido los deberes asignados a la patria potestad y la tutela. En cualquier caso, deberán aplicarse aquí las normas relativas a la responsabilidad civil contractual o extracontractual en relación a los daños morales o físicos que puedan haberse causado al menor<sup>430</sup>.

## **7. LA REPRESENTACIÓN LEGAL.**

### **7.1. La representación legal de los padres y el tutor en el derecho a la imagen.**

La regla general en los derechos de la personalidad es que no cabe la representación legal de los padres o el tutor en la medida en que estamos ante derechos indisponibles que sólo pueden ser ejercidos por su titular<sup>431</sup>. Ahora bien, cuando se trata de derechos de la personalidad de un menor de edad habrá que tener en cuenta que los padres o tutor deben velar por los menores por lo que, cuando uno de sus derechos sea vulnerado o corra un peligro, los padres y el tutor podrán intervenir, no en el ejercicio de un derecho fundamental, sino protegiendo el bien jurídico de la personalidad en ejercicio de la patria potestad o tutela.

Sin embargo, no puede obviarse que en determinadas ocasiones la ley hace una llamada directa a la representación legal en sede de un derecho fundamental, como ocurre en relación al derecho a la imagen. Pero, en atención a lo dicho *ut supra*, esta actuación de la representación legal debe considerarse excepcional y someterse a una serie de requisitos. El art. 3.2 de la ley orgánica 1/1982 es uno de los escasos supuestos en los que la ley acepta la representación legal en el ámbito de los derechos de la personalidad de los menores de edad sin suficiente madurez para ejercerlos por sí mismos. Probablemente el motivo que ha llevado al legislador a dar entrada aquí a esta

---

<sup>430</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.; *Op. Cit.*, págs. 984-985.

<sup>431</sup> Así se han interpretado los arts. 162.2 CC y 155.2 CF.

figura lo encontramos en el art. 2.1 de la misma ley orgánica que establece que la protección civil del honor, la intimidad y la propia imagen se delimita atendiendo a la ley, a los usos sociales y al concepto que cada uno tenga de su derecho. Así, conforme a los usos sociales no constituye una vulneración del derecho del menor que los padres o el tutor ejerciten su derecho a la imagen en relación a la aparición en medios de comunicación, gráficos,... y además impedirlo equivaldría a eliminar la existencia en los medios audiovisuales de menores de muy corta edad.

Sin embargo, la ley orgánica 1/1982 no deja de tener en cuenta que está tomando una medida de carácter excepcional y, por ello, establece una serie de controles dirigidos a asegurar que la representación legal se ejerce con respeto a la personalidad del hijo. Así, establece que cualquier acto dispositivo celebrado por los representantes legales relativo a estos derechos fundamentales, debe notificarse al Ministerio Fiscal que podrá oponerse en el plazo de ocho días en cuyo caso intervendrá el Juez<sup>432</sup>.

Por otra parte, creemos que también será de aplicación aquí el art. 154.3 CC y el art. 133.2 CF<sup>433</sup> que establecen que los padres deberán escuchar al menor siempre que tenga suficiente juicio para tomar aquellas decisiones que les afecten puesto que no sólo se trata aquí de una decisión que les afecta sino del ejercicio de un derecho directamente vinculado a su personalidad. Respecto a la existencia de suficiente juicio hay que tener en cuenta que éste debe ponerse en relación con el acto para el cual se exige de tal manera que es posible que el menor no tenga suficiente juicio para ejercer el derecho pero, en cambio, puedan extraerse conclusiones de una conversación mantenida con él en relación a la opinión que le merece la actividad a la que van a dar su consentimiento los representantes legales.

El principio que debe regir la representación legal en este ámbito es el interés del menor por lo que el ejercicio de los derechos de la personalidad no

---

<sup>432</sup> Art. 3.2 de la ley orgánica 1/1996.

<sup>433</sup> El art. 133.2 CF establece que se deberá escuchar siempre al hijo mayor de doce años y al de menos de doce si tiene madurez suficiente.

puede dejarse al arbitrio de los padres o el tutor sino que éstos deberán, no sólo respetar la opinión del hijo, sino también perseguir su beneficio, patrimonial pero, sobre todo, personal.

El art. 4 de la ley orgánica 1/1996 ha venido a establecer una restricción a la representación legal en el ámbito del derecho a la imagen pues, si el consentimiento de los representantes legales a la intromisión en el derecho a la imagen del menor supone un menoscabo del libre desarrollo de su personalidad o de sus derechos fundamentales, dicho consentimiento será irrelevante. En efecto, la representación legal debe someterse al principio del interés del menor para ser legítima pues de lo contrario el ordenamiento jurídico no otorga validez a los actos realizados en el ámbito de dicha representación.

Por último, cabe tener en cuenta que es posible la representación legal en aquellos actos que implican un ejercicio de un derecho de la personalidad pero que por su cotidianeidad y poca relevancia socialmente no se entiende como una vulneración del derecho del menor. Se trata de una aplicación del criterio de los usos sociales recogido en el art. 2.1 de la ley orgánica 1/1982<sup>434</sup>.

En conclusión, aunque el ordenamiento jurídico permite excepcionalmente la representación legal en el ámbito del derecho a la imagen, lo hace de forma limitada sometiendo dicha representación a una serie de controles y limitaciones dirigidas a salvaguardar el interés del menor y evitar que la representación en el derecho a la imagen sea contraria al libre desarrollo de la personalidad del menor y a sus derechos fundamentales.

## **7.2. La representación legal en los regímenes atípicos de protección de menores.**

No cabe duda de que, cuando el menor está sujeto a patria potestad o tutela, quienes ostentan la representación legal sobre los hijos menores de edad son los padres (art. 154.2 2º) o el tutor (art. 267 CC). Por ello, serán éstos quienes presten el consentimiento exigido por el art. 3.2 de la ley orgánica 1/1982 en

---

<sup>434</sup> Así, sucedería con la realización de agujeros en las orejas en las menores de edad para que luzcan pendientes,...

relación al ejercicio del derecho fundamental a la imagen del menor cuando éste no tenga madurez suficiente para hacerlo por sí mismo. Pero en situaciones atípicas de regímenes de protección del menor, el asunto merece una reflexión más detenida.

El artículo 172 CC hace referencia a dos regímenes distintos de protección, la tutela automática y la guarda asistencial, y a dos medios o formas de llevar a cabo esa protección, el acogimiento familiar o el acogimiento residencial<sup>435</sup>. Por su parte, el CF también recoge la tutela automática en el art. 164 y la guarda asistencial en el art. 165.

La tutela *ex lege* surge de forma automática en favor de la Entidad que tenga encomendada la protección de menores desde el mismo momento en que se constata que el menor se halla en una situación de desamparo. El desamparo es una situación de hecho que se produce por la concurrencia de un requisito de resultado, que el menor quede privado de la necesaria asistencia moral o material, y de un requisito causal, que dicha privación de asistencia se haya producido a causa del incumplimiento, del inadecuado o del imposible ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes<sup>436</sup>. La tutela automática es compatible con la existencia de la patria potestad o la tutela ordinaria en la medida en que no comporta la privación de aquéllas sino solamente su suspensión<sup>437</sup> pues, a tenor del art. 270 CC que exige la resolución judicial para

---

<sup>435</sup> Así, EGEA FERNÁNDEZ, Joan; *Comentarios a las reformas del Código Civil* (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo), Madrid, 1993, pág. 89.

<sup>436</sup> DE PABLO CONTRERAS, Pedro; *Comentarios a las reformas del Código Civil* (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo), Madrid, 1993, pág. 40.

<sup>437</sup> Así, GIL RODRÍGUEZ, Jacinto; "Las instituciones tuitivas", en PUIG I FERRIOL, L.-GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.-GIL RODRÍGUEZ, J.-HUALDE SÁNCHEZ, J.J.; *Manual de Derecho Civil*, Madrid-Barcelona, 2001, pág. 258, EGEA FERNÁNDEZ, J.; "La protecció de menors a Catalunya. Els diferents règims de protecció", en *V Jornades de Dret Català a Tossa. Cent anys de Codí Civil des de Catalunya*, Barcelona, 1990, pág. 204. Tampoco cree que la patria potestad o la tutela ordinaria se extingan sino que subsisten y además sólo quedan suspendidas en aquel contenido que asuma la entidad protectora en su tutela automática DE PABLO CONTRERAS, P.; *Op. Cit.*, pág. 36-40 y en pág. 54 donde afirma que cuando la Entidad protectora ejerce su potestad, "la patria potestad o la tutela ordinaria se contraen en la medida en que imponga la efectividad del acto de ejercicio por la administración de aquella potestad; pero, en todo caso, ambas -patria potestad y tutela ordinaria- subsisten y continúan atribuidas a sus titulares, aunque -eso sí- su contenido normal aparezca modificado por consecuencia de dicho ejercicio". Por el contrario, entienden que la tutela *ex lege* comporta la extinción de la patria potestad o la tutela RUIZ-RICO RUIZ, J.M.; "La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores", en *Actualidad Civil*, 1988,

privar de la patria potestad, parece ser ésta la solución más correcta. Además, el art. 164.2 CF afirma expresamente que “L’assumpció de les funcions tutelars implica la suspensió de la potestat o de la tutela ordinària durant el temps d’aplicació de la mesura”. También el art. 172.1 *in fine* CC afirma que la “asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria”. Parece pues que no existe una incompatibilidad absoluta entre la tutela automática de la Entidad Pública y la patria potestad o tutela ordinaria sino que se trata de una incompatibilidad en el ejercicio pero no en la titularidad de manera que las instituciones de protección coexistirán salvo privación de la patria potestad o remoción de la tutela<sup>438</sup>. Dado que el ejercicio de la patria potestad o tutela ordinaria se suspenden, los deberes de asistencia personal así como la representación legal del menor desamparado se ejercerán por la Entidad protectora correspondiente<sup>439</sup>. De lo dicho se deduce que sólo la Entidad protectora podrá prestar el consentimiento exigido en el art. 3.2 de la ley orgánica 1/1982. Así, tenemos que cuando el menor tenga suficiente madurez la Entidad intervendrá solamente para completar la capacidad contractual del menor, si ello es necesario, y para asegurar que el contrato no es contrario a su interés. Cuando el menor no tenga suficiente madurez, la Entidad protectora prestará el consentimiento contractual y, además, el consentimiento exigido por el art. 3.2 de la ley orgánica 1/1982 para el ejercicio de la vertiente fundamental del derecho a la imagen, previa notificación al Ministerio Fiscal. Ahora bien, en la medida en que estamos ante un menor de edad que está en situación de desamparo, hay que ser especialmente cuidadoso con el consentimiento por parte de la Entidad protectora y en la no oposición por parte del Ministerio Fiscal.

---

pág. 65, VALLADARES RASCÓN, Etelvina; “La tutela de menores en relación con el concepto legal de desamparo”, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL; *Centenario del Código Civil*, Vol II, Madrid, 1990, pág. 2051 BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María; *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Madrid, 1997, pág. 237 y SERRANO GARCÍA, Ignacio; *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 578.

<sup>438</sup> BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M.; *Op. Cit.*, pág. 262-263.

<sup>439</sup> Así, EGEA FERNÁNDEZ, J.; *Comentarios a las reformas del Código Civil...*, cit., pág. 92 donde entiende que la tutela *ex lege* comporta la asunción por la Entidad protectora de los aspectos personales y los patrimoniales de la protección. En contra, DE PABLO CONTRERAS, P.; *Op. Cit.*, pág. 57-62 que entiende que el contenido de la tutela *ex lege* vendrá caracterizado por la elasticidad de tal manera que “el contenido de la tutela civil ordinaria se presenta como el máximo contenido posible de la tutela de las entidades públicas sobre los menores desamparados, pero no como contenido necesario de ésta” de tal manera que la Entidad sólo asumiría aquellas funciones que no están ejerciendo los padres o tutores o lo hacen de forma insuficiente.

Sin embargo, aunque la patria potestad o la tutela ordinaria hayan sido suspendidas y, por tanto, se haya producido una pérdida indefinida no definitiva de su ejercicio, los padres o tutor conservan algunos deberes y facultades inherentes a la titularidad entre los que se encuentra el derecho a ser informado sobre cómo se ejerce la tutela por a Entidad pública correspondiente y a ejercer un control sobre la actividad que la misma desarrolla<sup>440</sup>. Si la Entidad pública celebra actos que suponen un ejercicio del derecho a la imagen del menor, los padres o tutor que hayan sido suspendidos de la guarda deberán ser informados de manera que, si consideran que dicho acto es contrario al interés del menor, podrán ponerlo en conocimiento del juez para que tome las medidas oportunas<sup>441</sup>. Pero lo cierto es que, si el menor no tiene madurez suficiente y la Entidad Pública ha cumplido con el requisito de comunicación al Ministerio Fiscal de todo acto de disposición del derecho a la imagen sin que éste se haya opuesto (art. 3.2 de la ley orgánica 1/1982), difícilmente se opondrá el juez al que acudan los padres o tutor. Más relevancia puede tener el control sobre la Entidad pública cuando el menor tiene madurez suficiente para ejercer su derecho de la personalidad y la Entidad pública se limita a completar su capacidad pues en este caso, en base al art. 3.1 de la ley orgánica 1/1982, no es precisa la intervención previa del Ministerio Fiscal por lo que es menos improbable que se celebre un acto de disposición del derecho a la imagen contrario al interés del menor.

Por otra parte, el art. 172.1 *in fine* CC afirma que “serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor” por lo que cabe preguntarse acerca de la validez que pueda tener la actuación representativa que hayan realizado los padres o tutores suspendidos en su potestad. Los actos de representación de los padres o tutor son válidos si no perjudican al menor pero ello se circunscribe al ámbito patrimonial a tenor de la letra del precepto y hay que tener presente que el ejercicio del derecho a la imagen siempre afecta a su vertiente fundamental. En efecto, cuando estamos ante un mero acto de disposición del derecho queda afectada la vertiente fundamental de la imagen pero cuando se celebra un contrato sobre la imagen no

---

<sup>440</sup> BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M.; *Op. Cit.*, pág. 287 y ss.

<sup>441</sup> BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M.; *Op. Cit.*, pág. 288-289.



sólo queda afectado el aspecto patrimonial sino también el personal, con el agravante de que en el caso del contrato sobre la imagen puede quedar comprometida la realización de una prestación personal por el menor.

Pese a ello, no creemos que del art. 172.1 *in fine* CC deba deducirse que los actos de disposición del derecho a la imagen del menor realizados por los padres o tutor sean inválidos en todo caso. Cuando el menor no tiene madurez suficiente para disponer de su derecho será preciso que los padres o el tutor, que están suspendidos de patria potestad y tutela, comuniquen al Ministerio Fiscal el acto de disposición. Ello supone una garantía de la adecuación del acto al interés del menor pues, en caso de que el Ministerio Fiscal se oponga por entender que el acto perjudica al menor, deberá intervenir el juez para tomar las medidas oportunas (art. 3.2 de la ley orgánica 1/1982). Por ello, creemos que también en este caso aunque la representación afecte a un derecho de la personalidad deberá considerarse válido el acto realizado por los padres o tutor sin perjuicio de que, si posteriormente se produce una vulneración de los derechos fundamentales del menor, pueda intervenir el Ministerio Fiscal en base al art. 4 de la ley orgánica 1/1996. Cuestión diferente es que los padres o tutor hayan realizado un acto de disposición del derecho a la imagen del menor sin comunicarlo previamente al Ministerio Fiscal pues en este caso debe acudirse a la regla general según la cual este acto sería nulo.

Si el menor tuviera suficiente madurez para ejercer el derecho a la imagen por sí mismo, la intervención de los padres o tutor suspendidos de funciones se limitaría a completar la capacidad del menor en el ámbito patrimonial lo cual se subsume sin violencia en el supuesto contemplado por el art. 172.1 *in fine* CC por lo que, si el acto es beneficioso para el menor, deberá considerarse válido.

En cualquier caso, creemos que la Entidad pública que ejerza la tutela podrá ejercer un control sobre los actos que realicen los padres o tutores suspendidos de su función de manera que, si consideran que aquéllos perjudican al menor, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal que intervendrá conforme al art. 4 de la ley orgánica 1/1996.

También debe analizarse la situación cuando, teniendo la Entidad protectora la tutela *ex lege* del menor, se constituye un acogimiento personal o familiar sobre éste. El acogimiento impone el deber de velar por el menor, tenerlo en compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral, todo ello partiendo de la plena participación del menor en la vida familiar. Sin embargo, la representación legal no corresponde al acogedor sino a la Entidad Pública que tenga la tutela<sup>442</sup> puesto que el acogimiento sólo faculta a la persona o familia acogedoras para intervenir en materias que vengan referidas exclusivamente a aspectos personales<sup>443</sup>. Ahora bien, ¿qué ocurre en aquellos casos en que la representación legal recae en un derecho de la personalidad, es decir, sobre el ámbito personal? Es evidente que cuando estamos ante un ejercicio del derecho a través de un contrato deberá intervenir la Entidad protectora con prestación o no del consentimiento por el menor en función de su madurez. Pero tanto en este caso como en aquellos en los que no existe contrato, creemos que deberá tenerse en cuenta muy especialmente la opinión de los acogedores puesto que, al convivir con los menores, saben con mayor proximidad cuál es el interés de ese menor. Es más, podrán acudir al Ministerio Fiscal si considera que el acto de disposición del derecho a la imagen es perjudicial para el menor.

La guarda administrativa se produce de forma provisional cuando quienes ejercen la patria potestad o la tutela sobre el menor, lo solicitan justificando no poder atenderlo por enfermedad u otras circunstancias graves, o cuando así lo acuerde el juez en los casos en que legalmente proceda (172.2 CC).

La guarda asistencial pretende evitar que el menor llegue a encontrarse en una situación de desamparo debido a que sus padres o tutor no puedan cumplir los deberes inherentes a su potestad en la esfera personal de protección del menor<sup>444</sup>. Por ello, en los casos en que la Entidad protectora asume la guarda, el

---

<sup>442</sup> EGEA FERNÁNDEZ, J.; *Comentarios a las reformas del Código Civil...*, cit., pág. 102, ROCA TRÍAS, Encarna; *Institucions de Dret Civil de Catalunya*, Vol. II, Valencia, 1998, pág. 200, LLEBARÍA SAMPER, Sergio; *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores (Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre)*, Barcelona, 1990, pág. 222.

<sup>443</sup> LLEBARÍA SAMPER, S.; *Op. Cit.*, pág. 222 y EGEA FERNÁNDEZ, J.; *Comentarios a las reformas del Código Civil...*, cit., pág. 102.

ámbito de actuación de dicha Entidad se ciñe exclusivamente a la esfera personal, no a la patrimonial por lo que la guarda conllevará el deber de velar por el menor, tenerlo en compañía, alimentarlo y darle una formación integral pero no comportará la asunción de la representación legal por la Entidad Protectora<sup>445</sup>. De ahí que, cuando los padres o tutor no puedan hacerse cargo de la protección del menor en el ámbito personal pero tampoco puedan llevar a cabo la administración de su patrimonio ni su representación, sea preciso nombrar un defensor judicial además de constituir la guarda administrativa<sup>446</sup>. La guarda asistencial es compatible con la patria potestad y con la tutela ordinaria que simplemente se suspenden, sin desaparecer, a consecuencia de aquélla para recobrar su virtualidad cuando la guarda cese<sup>447</sup>.

De lo dicho hasta aquí se deduce que cuando se ha constituido la guarda administrativa, la Entidad Pública debe velar por la protección del menor en la esfera personal y los padres conservan la representación legal de los menores puesto que sus funciones sólo se han suspendido en el aspecto personal. Ahora bien, ello plantea el problema de si los padres o el tutor pueden disponer del derecho a la imagen del menor dado que se trata de un ejercicio de la representación legal en el ámbito de los derechos de la personalidad. En efecto, tanto si se trata de un mero acto de disposición del derecho como si se trata de un contrato sobre la imagen, se afecta la vertiente fundamental de la imagen al margen de que en el caso del contrato también se actúe sobre el aspecto patrimonial del derecho.

Debe entenderse que serán los padres o el tutor quienes puedan disponer del derecho a la imagen del menor y no la Entidad que haya asumido la guarda

---

<sup>444</sup> IGLESIAS REDONDO, Julio Ignacio; *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Barcelona, 1996, pág. 96.

<sup>445</sup> EGEA FERNÁNDEZ, J.; *Comentarios a las reformas del Código Civil...*, cit., pág. 91-92. IGLESIAS REDONDO, J.I.; *Op. Cit.*, pág. 144-146 entiende que las funciones de la Entidad pública dependerían de lo acordado en el negocio de constitución o de lo fijado por el juez de manera que la Entidad tendrá normalmente el ejercicio ordinario de las facultades delegadas y sólo cuando o puedan ejercerlas los padres o tutor tendrán el ejercicio extraordinario.

<sup>446</sup> IGLESIAS REDONDO, J.I.; *Op. Cit.*, pág. 116 y 137.

<sup>447</sup> DE PABLO CONTRERAS, P.; *Op. Cit.*, pág. 77 y SERRANO GARCÍA, I.; *Op. Cit.*, pág. 579.

administrativa. En primer lugar, hay que tener en cuenta que el supuesto de constitución de la guarda no implica una situación de desamparo sino solamente un riesgo futuro del mismo<sup>448</sup> y que en buena parte de los casos son los propios padres o tutores quienes solicitan la constitución de la guarda para evitar la desistencia moral o física del menor por lo que no parece necesario ni aconsejable impedir que ejerzan la representación legal del menor en el ámbito de la personalidad. Además, cuando el menor no tenga madurez suficiente el ejercicio del derecho a la imagen del menor requerirá notificación previa al Ministerio Fiscal lo cual supone una garantía de que el interés del menor no va a ser perjudicado. En caso de no cumplir con el requisito de la comunicación al Ministerio Público el acto de disposición sería nulo por aplicación de la regla general. Cuando el menor tenga madurez suficiente ejercerá su derecho a la imagen por sí mismo y los padres o tutor se limitarán a completar su capacidad contractual en caso de ser necesario.

La función de quienes ejerzan la guarda administrativa, ya sea por acogimiento institucional o familiar, se limitará a proteger al menor en la esfera personal, esto es, velar, alimentar, educar y proporcionar una formación integral al menor pero en ningún caso podrán actuar como sus representantes en el ámbito de sus derechos de la personalidad. En cualquier caso, tanto si la guarda se ejerce a través del acogimiento institucional como si se hace a través del acogimiento familiar, los acogedores podrán poner en conocimiento del Ministerio Fiscal que los representantes han realizado actos de disposición del derecho que pueden perjudicar al menor en cuyo caso el Ministerio Fiscal deberá intervenir en base al art. 4 de la ley orgánica 1/1996.

En relación a la guarda de hecho del menor hay que decir que el guardador es aquella persona física o jurídica que, de hecho, tiene acogido al menor que se encuentra en situación de desamparo (art. 253 CF). Ello plantea la duda de si el guardador puede consentir el uso de la imagen del menor o incluso

---

<sup>448</sup> Así, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos; "La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho Civil)", en *Anuario de Derecho Civil*, 1992, págs. 1480.

celebrar contratos sobre su imagen que supongan la realización de una prestación personal.

Se trata de una situación transitoria y excepcional (art. 253 CF) que debe ser notificada al organismo competente de protección de menores (art. 254.1 CF) el cual puede tomar las medidas de control y vigilancia que considere oportunas (art. 254.2 CF y 303 CC). La actuación del guardador debe realizarse siempre en beneficio del menor y limitarse a velar por él y administrar de forma ordinaria sus bienes (art. 256 CF) por lo que parece claro que el guardador de hecho no está legitimado para ejercer la representación legal del menor y menos en el ámbito de los derechos de la personalidad. Por ello, no podrá prestar el consentimiento exigido por el art. 3.2 de la ley orgánica 1/1982 para disponer del derecho a la imagen del menor cuando éste no tenga madurez suficiente ni podrá complementar su capacidad contractual cuando éste pueda prestar por sí mismo el consentimiento a la disposición del derecho a la imagen y a la realización de una prestación personal.

Por tanto, la regla general será que el guardador no podrá ejercer la representación en el ámbito del derecho a la imagen pero, dado que estamos ante una situación de hecho, cabe pensar en la posibilidad de que el guardador ya haya realizado algún acto dispositivo del derecho. Es cierto que el art. 304 CC afirma que los actos realizados por el guardador que redunden en beneficio del menor no podrán ser impugnados por lo que aquellos actos de disposición del derecho a la imagen del menor que realice el guardador y beneficien al menor no podrían impugnarse. También podrá el guardador oponerse válidamente al cumplimiento de un contrato sobre la imagen celebrado con anterioridad que vulnere los bienes jurídicos de la personalidad del menor de edad. Pero en caso de que el guardador hubiera realizado actos de disposición de la imagen contrarios al interés del menor, deberá intervenir el Ministerio Fiscal en base al art. 4 de la ley orgánica 1/1996.

El defensor judicial es una institución presidida por la idea de transitoriedad<sup>449</sup> que se nombra para realizar las funciones que en cada caso concreto el juez le atribuya de manera que de forma correlativa estas funciones dejarán de ser ejercidas por los padres, el tutor o el guardador. Éstos serán suspendidos en aquellas facultades que han sido encomendadas al defensor judicial<sup>450</sup> por lo que el contenido de este cargo variará en función del caso. Es posible que el nombramiento del defensor judicial incluya la representación legal en el ámbito del derecho a la imagen por lo que, en ese caso, sería el defensor judicial quien debería prestar el consentimiento a la intromisión en el derecho a la imagen del menor y completar la capacidad contractual del menor cuando éste pudiera disponer de su derecho por tener madurez suficiente.

Cabe plantearse si el nombramiento del defensor judicial por el juez le exime de notificar al Ministerio Fiscal cualquier disposición del derecho a la imagen del menor, máxime cuando el art. 249 CF afirma que si el acto para el que se nombra al defensor requiere autorización, ésta se considerará implícita en el nombramiento pero la respuesta debe ser negativa. En primer lugar, porque el art. 3.2 de la ley orgánica 1/1982 exige notificación previa al Ministerio Fiscal y, sólo cuando éste se oponga, decidirá el juez mientras que el art. 249 CF se refiere a actos que deba autorizar el juez. Por otra parte, una cosa es que se haya nombrado un defensor para representar al menor en el ámbito de su derecho a la imagen y otra que el acto dispositivo que efectivamente realiza el defensor no vulnere el interés del menor por lo que el defensor judicial no podrá eludir el control previo del Ministerio Fiscal respecto del acto concreto de disposición.

En relación al menor, la curatela sólo puede darse respecto del menor emancipado o con habilitación de edad. Por tanto, el curador nunca podrá ejercer la representación legal del menor ni tan siquiera completar su capacidad en el supuesto aquí estudiado pues, como quedó expuesto, el menor emancipado tiene capacidad para celebrar contratos sobre su derecho a la imagen que le vinculen a

---

<sup>449</sup> FLORENSA I TOMÁS, Carles Enric; *El defensor judicial*, Madrid, 1990, pág. 185-186.

<sup>450</sup> FLORENSA TOMÁS, C.E.; *Op. Cit.*, pág. 191.

la realización de una prestación personal y, por supuesto, tiene capacidad para ejercer su derecho personal a la imagen.

## **8. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN DE LA INTROMISIÓN.**

### **8.1. El interés histórico, cultural o científico.**

El art. 8.1 de la ley orgánica 1/1982 establece que “No se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas u acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante”<sup>451</sup>.

En relación al interés histórico, científico o cultural relevante la doctrina ha criticado esta enumeración por considerarla inadecuada<sup>452</sup>, vaga<sup>453</sup> o redundante<sup>454</sup>. Sin embargo, debe interpretarse este precepto a la luz de su Exposición de Motivos que dice que “existen casos en que tales injerencias o intromisiones no pueden considerarse ilegítimas en virtud de razones de interés público que imponen una limitación de los derechos individuales, como son los indicados en el artículo 8 de la Ley”. Por ello, debe considerarse aquí incluido cualquier otro interés que responda a la idea de interés público como por ejemplo un interés social o político que, si se quiere, podrá reconducirse a cualquiera de los intereses recogidos por la ley<sup>455</sup>. Otro argumento a tener en cuenta es que en buena parte de las intromisiones legítimas recogidas en el art. 8 de la ley orgánica se observa la finalidad de proteger el interés público. Así sucede con el interés

---

<sup>451</sup> Sólo se analizarán aquí aquellas causas de justificación recogidas en el art. 8 de la ley orgánica 1/1982 que sean relevantes en el ejercicio del derecho a la imagen del menor de edad.

<sup>452</sup> Así ROVIRA SUEIRO, M.E.; *Op. Cit.*, pág. 94-95 que dice que “hubiera sido más adecuado sustituir esta ringleira de intereses por un concepto jurídico más elaborado como, por ejemplo, el de interés general o público, o incluso mejor si éste se añadiese a modo de cláusula de cierre. De este modo se permitiría la inclusión de otros intereses a nuestro juicio igualmente legítimos, como por ejemplo el interés político, siempre que fuesen predominantes”.

<sup>453</sup> ROYO JARA, J.; *Op. Cit.*, pág. 162.

<sup>454</sup> GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel; “Imagen (Derecho a la propia)”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Barcelona, 1979, Tomo XII, pág. 354 y “El derecho a la propia imagen, hoy”, en *Op. Cit.*, pág. 227.

<sup>455</sup> Ello permitiría, por ejemplo, la publicación de las fotografías denuncia que, aunque estrictamente no tienen interés cultural, ni científico ni tienen todavía interés histórico, están impregnadas de un alto grado de interés público en la medida en que pretenden denunciar una situación injusta contraria a los valores superiores de la Constitución.

cultural, científico o histórico pero también con el supuesto del art. 8.2 a) de la ley en que se legitima la captación, reproducción o publicación de imágenes de personas que ejerzan cargo público o profesión de proyección pública cuando estén en un acto público o en lugar abierto al público.

Además, no basta con que exista un interés histórico, cultural o científico sino que es necesario que éste sea “relevante” y “predomine”, es decir, aunque no entre en conflicto con cualquier otro interés, deberá ser lo suficientemente importante como para que el uso de la imagen sea imprescindible<sup>456</sup>.

Por interés histórico debe entenderse no sólo aquél que se da en los sucesos del pasado que han marcado la evolución histórica de una sociedad sino también aquellos que forman parte de la crónica histórica diaria pues de esta forma damos entrada al interés político y a la imagen denuncia<sup>457</sup>. Ello no significa, sin embargo, que no debemos aplicar aquí el criterio de la existencia efectiva del interés público de la imagen de forma predominante y relevante puesto que, de no concurrir estos requisitos, no existiría tampoco la legitimidad en la intromisión<sup>458</sup>.

Respecto al menor de edad, en los casos en que el menor haya alcanzado la mayoría en el momento de publicar la imagen debe aplicarse la causa de justificación del interés histórico. Cuando se trate de publicación de imágenes de menores que tengan interés público deberá ponderarse el perjuicio que puede causarse al menor y el beneficio de la publicación de su imagen<sup>459</sup>.

---

<sup>456</sup> ROVIRA SUEIRO, M.E.; *Op. Cit.*, pág. 98-99 y la STS de 7 de octubre de 1996.

<sup>457</sup> Admitimos con ROVIRA SUEIRO, M.E.; *Op. Cit.*, pág. 100 que quizás estos casos plantean más dudas y encontrarían mejor justificación en el art. 8.2 de la ley orgánica 1/1982.

<sup>458</sup> ROYO JARA, J.; *Op. Cit.*, pág. 161 muestra su preocupación por el peligro de legitimar imágenes escabrosas de accidentes de tráfico, o de atentados terroristas añadiríamos, que puede suponer aceptar aquí incluidos los supuestos de la crónica social cotidiana. Sin embargo, basta aplicar los criterios antedichos para observar que no se dan aquí. Piénsese en una imagen denuncia de la prostitución infantil que muestra la imagen de una menor por cuya vestimenta y actitud se deduce la situación que se pretende denunciar. Es incluso posible desfigurar la cara de la menor para que su persona sea irreconocible sin que la denuncia disminuya y, por supuesto es totalmente gratuito dar más detalles de la actividad pues no aporta información alguna, es decir, no es imprescindible y además, puede chocar con otros derechos fundamentales del menor.



En relación al interés científico, se reputará como tal cualquiera que favorezca el avance en el conocimiento de cada una de las ciencias. Estaremos en este supuesto en aquellos casos de imágenes de pacientes que ilustran determinada enfermedad, malformación, deficiencia<sup>460</sup>,... por lo que es legítimo introducirlas en libros, proyectarlas en conferencias, aulas,...pero ocultando la identidad de la persona siempre que ello no elimine el interés científico<sup>461</sup> pues mostrar la imagen de la persona de manera que sea reconocible es gratuito por cuanto no aporta información alguna.

El criterio de la no identificación es especialmente relevante en el menor de edad como pone de manifiesto el art. 4 de la ley orgánica 1/1996 al entender que la difusión de la imagen o del nombre del menor de forma que atente a su honor o a su interés constituirá una intromisión ilegítima. La referencia expresa al nombre y la imagen guarda una relación directa con la voluntad de que el menor no sea identificado porque ello puede ser contrario al libre desarrollo de su personalidad. Cuando una noticia vinculada a un menor de edad tiene interés científico puede darse a conocer pero sin revelar la identidad del menor, esto es, sin difundir su imagen o cualquier otro elemento que permita su identificación.

Finalmente, el interés cultural hace referencia a las necesidades de índole espiritual en contraposición a los intereses meramente económicos y evoca el conjunto de manifestaciones de conocimientos científicos, literarios y artísticos de una persona, sociedad o época o en general, y el conjunto de creaciones del hombre o de una sociedad<sup>462</sup>. Sin embargo, no puede encubrirse el uso de la imagen de menores para fines publicitarios bajo el argumento del interés cultural<sup>463</sup>.

---

<sup>459</sup> Así, la difusión de la imagen de un menor herido en un atentado terrorista no debería publicarse de forma que permitiera reconocerlo en su propio país pero, sin duda, el perjuicio causado si se distribuyese la fotografía en otro país sería menor.

<sup>460</sup> Piénsese en el caso de dos hermanas siamesas menores de edad unidas por alguna parte de su cuerpo que han sido intervenidas para ser separadas.

<sup>461</sup> GITRAMA GONZÁLEZ, M.; "El derecho a la propia imagen, hoy", en *Op. Cit.*, pág. 228.

<sup>462</sup> ROVIRA SUEIRO, M.E.; *Op. Cit.*, pág. 101-102.

## 8.2. Persona pública en lugar público.

El art. 8.2 de la ley orgánica establece en su apartado a) que estará justificada la captación, reproducción o publicación cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte en un acto público o en lugares abiertos al público.

En primer lugar, debe analizarse el elemento subjetivo de tal precepto. Todas aquellas personas que tengan un cargo público o se presenten a unas elecciones para ocuparlo y todas aquellas personas que por su profesión tengan una proyección pública tienen limitado su derecho a la imagen siempre y cuando se muestre una imagen actual de la persona<sup>464</sup>. Todo individuo, por el hecho de serlo, tiene derecho a la imagen pero la intensidad del derecho no es la misma en todo ser humano pues no se protege igual a la persona pública que a la privada<sup>465</sup>. Quien tiene un cargo público o ha dirigido su carrera profesional beneficiándose de la aparición de su imagen en los medios de comunicación tácitamente ha aceptado cierta limitación en su derecho<sup>466</sup>. Lo mismo cabe afirmar en relación a la denominada persona noticia, es decir, aquella persona conocida de la mayoría de los individuos en un determinado ambiente universal, regional o local, en el de los aficionados a ciertas manifestaciones artísticas, deportivas, en el de los miembros de un religión o raza<sup>467</sup> o, incluso, aquellas personas privadas que se ven involucradas, voluntariamente o no, en lo que se considera un hecho de relevancia informativa siendo protagonistas del mismo<sup>468</sup>.

---

<sup>463</sup> Así, la STS de 7 de octubre de 1996 entiende que utilizar la imagen de menores sin el consentimiento del propio menor o sus representantes para realizar un anuncio de concienciación para la ayuda de las personas ancianas es una intromisión injustificada porque el fin de la utilización de la imagen es publicitario.

<sup>464</sup> Resaltan la necesidad de que se trate de una imagen actual de la persona GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel; "Imagen (Derecho a la propia)", en *Op. Cit.*, pág. 35, ROYO JARA, J.; *Op. Cit.*, pág. 163 y HERRERO-TEJEDOR, F.; *Honor, intimidad...*, cit., pág. 205.

<sup>465</sup> ALEGRE MARTÍNEZ, M.A.; *Op. Cit.*, pág. 120 y ss.

<sup>466</sup> Así lo defiende en relación al derecho al honor, SALVADOR CODERCH, Pablo; *¿Qué es difamar?. Libelo contra la Ley del Libelo*, Madrid, 1987, pág. 80 y ss.

<sup>467</sup> GITRAMA GONZÁLEZ, M.; "Imagen (Derecho a la propia)", en *Op. Cit.*, pág. 351.

<sup>468</sup> ROVIRA SUEIRO, M.E.; *Op. Cit.*, pág. 108 y ss. y la STS 28 de diciembre de 1996 recogida por la autora.

En el ámbito de los menores el art. 8.2 de la ley orgánica 1/1982 adquiere relevancia en aquellos casos en que un menor de edad ejerce actividades de proyección pública (cantante, actor,...) o se convierte en persona noticia<sup>469</sup>.

El art. 4 de la ley orgánica 1/1996 establece que cuando se use la imagen del menor de forma que vulnere su honor o su interés, esto es, el libre desarrollo de su personalidad o sus derechos fundamentales, existirá intromisión ilegítima en el derecho incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes. Cuando un menor se convierte en persona noticia recae sobre él una presión mediática que puede perjudicar el libre desarrollo de su personalidad por lo que deberá evitarse no sólo publicar la imagen de estos menores de forma que sean reconocibles sino también captarla si ello comporta un perjuicio para el menor.

El apartado a) del art. 8.2 de la ley orgánica 1/1982 añade un elemento circunstancial, a saber: que el carácter del acto sea público o bien que se capte en lugares abiertos al público. Sin embargo, es pensable que se capte la imagen de una persona pública en un lugar abierto al público pero que se trate de una actividad privada que nada tiene que ver con el cargo o profesión que se ejerce o con el hecho que da lugar a la noticia<sup>470</sup>. Parece preferible entender que la justificación de la intromisión no abarca estos casos<sup>471</sup> y deberá interpretarse que este elemento circunstancial se da cuando se está realizando una actividad relacionada con el cargo, la profesión, la proyección pública o el hecho que tiene relevancia informativa.

En relación al menor que tiene una proyección pública por su profesión o actividad artística, podrán publicarse imágenes vinculadas a la actividad que

---

<sup>469</sup> Piénsese en el menor que ha sido abandonado a la puerta de un hospital, en una menor inmigrante a la que sus padres obligan a asistir a la escuela con un pañuelo en la cabeza o le prohíben continuar su educación,...

<sup>470</sup> Así la STS de 7 de octubre de 1996 entiende que no es lícito captar la imagen de menores de tres años en un jardín público sin el consentimiento de sus representantes legales y previa notificación al Ministerio Fiscal.

<sup>471</sup> ROVIRA SUEIRO, M.E.; *Op. Cit.*, pág. 111-113 y ROYO JARA, J.; *Op. Cit.*, pág. 165. En contra O'CALLAGHAN, MUÑOZ, X.; *Op. Cit.*, pág. 150.

desempeña pero no sobre su vida privada pues ello sería contrario al libre desarrollo de su personalidad y el art. 4 de la ley orgánica 1/1996 considera que el uso de la imagen del menor que atente contra su honor o su interés es una intromisión ilegítima.

Además existe un elemento teleológico, no recogido por la ley orgánica pero apuntado por la doctrina<sup>472</sup> y apoyado por la jurisprudencia<sup>473</sup> que consiste en la existencia de un auténtico interés público en la captación, reproducción o publicación de la imagen de la persona pues si existe un puro interés crematístico o publicitario no estará justificada la intromisión. Cuando la finalidad es puramente publicitaria o comercial no habrá interés público en la imagen si ésta supone una vulneración de los derechos fundamentales del menor<sup>474</sup>.

En el ámbito del menor para que la imagen tenga interés público deben tenerse en cuenta los siguientes criterios:

En primer lugar, pese a que se cumplan los requisitos del art. 8.2 a) no estará justificada la publicación de la imagen si con ello se vulnera de modo directo otro derecho fundamental del menor. En caso de que exista un conflicto entre el derecho a la información y otros derechos fundamentales del menor habrá que estar a las reglas generales del equilibrio entre derechos aplicadas al menor. Por una parte, podrá publicarse la imagen cuando tenga interés público, transmita una información veraz y no sea gratuita. Ahora bien, cuando esa imagen sea de un menor debe procurarse su no identificación para no vulnerar el libre desarrollo de su personalidad y sus derechos fundamentales<sup>475</sup>.

---

<sup>472</sup> GITRAMA GONZÁLEZ, M.; "Imagen (Derecho a la propia)", en *Op. Cit.*, pág. 351 y ss., O'CALLAGHAN, MUÑOZ, X.; *Op. Cit.*, pág. 150-151 e IGARTÚA ARREGUI, F.; "El derecho a la imagen en la jurisprudencia española", en *Op. Cit.*, pág. 329 y ss.

<sup>473</sup> STS 9 de mayo de 1988.

<sup>474</sup> IGARTÚA ARREGUI, F.; "El derecho a la imagen en la jurisprudencia española", en *Op. Cit.*, pág. 329.

<sup>475</sup> La SAP de Madrid de 10 de noviembre de 1998 entiende que "aunque la noticia del abandono de un bebé en las puertas de un centro hospitalario sea de una evidente relevancia pública y aunque haya sido no sólo veraz sino cierta, no existía necesidad alguna ni de emitir la imagen de tal bebé ni de mencionar aspectos referidos a su estado de salud y nutrición, menos aún, cuando evidentemente no existía posibilidad alguna por parte del menor de prestar su

Por otra parte, en relación a los menores de edad debe tenerse en cuenta el ambiente que rodea la captación, reproducción y publicación de la imagen. La personalidad y el carácter del menor todavía se están formando por lo que la presión mediática y social puede comportar un desequilibrio emocional o incluso traumas psicológicos. No sólo deberá tenerse en cuenta para aceptar la justificación de la intromisión la no vulneración del derecho a la imagen sino también que el ambiente que rodea la captación, reproducción y publicación no perjudican el interés del menor, es decir, no perjudican su desarrollo emocional y psicológico y no son contrarias a su bienestar<sup>476</sup>.

Finalmente, hay que tener en cuenta las imágenes denuncia en las cuales es posible que no se cumpla el requisito anterior pero la finalidad de las mismas comporta un beneficio mayor que el posible daño que produce la captación, reproducción y publicación de la imagen. En este caso el interés público existe porque se da a conocer una situación vulneradora en sí misma de derechos fundamentales para que la opinión pública y las instituciones la conozcan y reaccionen contra la injusticia. Debe ponderarse el posible daño que puede producirse en el derecho a la imagen con la mejora de la situación injusta que está viviendo la persona. Así sucedería en el caso de las fotografías de menores utilizadas por las ONG para despertar una reacción en el público. No creemos que se trate aquí de una actividad comercial puesto que la finalidad de la publicación es precisamente la protección de los derechos fundamentales del menor. La publicación de la imagen persigue por sí misma el interés público pues el objetivo que se busca justifica la intromisión en el derecho a la imagen. En efecto, el posible perjuicio para el menor, máxime cuando la publicación de la imagen se suele llevar a cabo en otro país por lo que se evita la presión mediática sobre el

---

consentimiento ni la entidad demandada buscó se consentimiento de las instituciones que pudieran legalmente prestarlo” por lo que no está justificada la difusión de su imagen.

<sup>476</sup> Así, por ejemplo, puede ser de interés aquí la SAP de Madrid de 11 de marzo de 1999 que condena a los responsables de un programa de televisión a pagar una indemnización por haber hecho aparecer en el programa a una menor a la que se pretendía vender para dar en adopción pues además de que la aparición de la menor no aportaba ninguna información adicional a la noticia, la identificación de la menor y su vinculación con la noticia así como la presión mediática y social en que se envolvió a la menor redundaron en un perjuicio a su persona por ser contrario a su interés.

menor, cede ante la efectiva y actual vulneración de sus derechos que se está denunciando para evitarla en un futuro.

Sin embargo, no sería foto denuncia y, por tanto, no estaría justificada su publicación, la imagen de los menores que han sido víctimas de una red de pornografía infantil que se ha desmantelado. Estamos ante unas personas noticia pero es evidente que la publicación de las imágenes pornográficas atentaría contra otros derechos fundamentales del menor (intimidad, honor,...). Por lo que hace referencia a imágenes de los menores en situación normal no sería constitutiva de delito pero sí sería atentatoria de su derecho a la intimidad. En ninguno de los dos casos además es indispensable para comunicar la información la aparición de estas imágenes. Además, añadir a la situación personal del menor, por sí misma contraria a su interés, la presión mediática y social perjudicaría el desarrollo y el bienestar del menor de edad. Por último, desmantelada la red, sólo queda informar de la situación y para ello no es necesario mostrar la imagen de los menores.

### **8.3. La accesoriadad.**

El art. 8.2 c) de la ley orgánica 1/1982 dice que no habrá intromisión ilegítima en casos de “información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria”.

Pese a la dificultad de elaborar una doctrina general sobre este tema en el ámbito del menor de edad debido al fuerte casuismo existente en esta sede<sup>477</sup>, creemos que para que exista causa de justificación de la intromisión, el carácter accesorio de la imagen del menor debe ir acompañado de la garantía de que dicha imagen no es contraria al libre desarrollo de la personalidad del menor<sup>478</sup>. En efecto, el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 dice que habrá intromisión ilegítima

---

<sup>477</sup> Así lo ha señalado O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier; *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Madrid, 1991, pág. 153.

<sup>478</sup> La STS de 19 de octubre de 1992 considera que la publicación de la imagen de un menor de edad sometido a diálisis en un centro hospitalario en un libro destinado a profesores implica una intromisión ilegítima en el derecho del menor aunque no guarde relación directa con el contenido del libro pues su imagen es la única que aparece en la fotografía. La imagen no es accesoria y muestra al menor en una situación que puede vulnerar su honor por lo que ni la imagen es accesoria ni se respeta el interés del menor.

en el derecho del menor cuando se utilice su imagen de forma que perjudique su interés.

Cabe preguntarse también si deben entenderse incluidos aquí los casos en los que un personaje público aparece de forma reiterada con su hijo menor de edad en los llamados programas del corazón. Los representantes legales están fomentando y obteniendo provecho económico del valor patrimonial de su imagen y de su intimidad y qué duda cabe que el valor comercial de la imagen y la intimidad de los padres se ve incrementado con la aparición del menor en pantalla. Es decir, los representantes legales están explotando la imagen del menor para obtener un beneficio económico propio al margen de la afectación del derecho familiar a la intimidad del menor que se está vulnerando. Por tanto, no sólo no debería ampararse esta situación por el art. 8.2 c) de la ley orgánica 1/1982 sino que la misma justificaría la intervención del Ministerio Fiscal pues conforme al art. 4 de la ley orgánica 1/1996 si se perjudica el interés del menor hay intromisión ilegítima.

## CAPÍTULO 3: EL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL MENOR DE EDAD.

*Sumario:* 1. EL DERECHO A LA INTIMIDAD: CONCEPTO.- 2. LA INTIMIDAD DEL MENOR EN EL ÁMBITO SANITARIO: EL SECRETO MÉDICO: 2.1. Concepto y fundamento; 2.2. El secreto médico en relación al menor de edad; 2.3. Excepciones al deber de secreto: causas de justificación.- 3. PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES DEL MENOR Y NUEVAS TECNOLOGÍAS.- 4. PROTECCIÓN DE LOS DATOS SOBRE EL ORIGEN DEL MENOR.- 5. INTIMIDAD DEL MENOR Y LIBERTAD DE INFORMACIÓN.

### 1. EL DERECHO A LA INTIMIDAD: CONCEPTO.

La definición de la intimidad es una ardua tarea en la que la doctrina no ofrece una visión unánime<sup>479</sup>. Por ello, se trata aquí de ofrecer un análisis claro del concepto comprendido en el derecho a la intimidad para, a partir del mismo, estudiar qué aspectos del derecho merecen un especial análisis en relación a la intimidad del menor de edad.

Parece que el origen del derecho a la intimidad se encuentra en los estudios de los juristas norteamericanos Samuel Warren y Louis Brandeis<sup>480</sup>. Los autores parten del derecho a la propiedad intelectual y al *Right to be alone* derivados del derecho a la propiedad para extraer de ellos un derecho independiente y sustantivo que ya no tiene un contenido patrimonial derivado de la propiedad sino de la inviolabilidad de la persona: el *right to privacy*<sup>481</sup>. El *privacy* es una manifestación del derecho general a no ser molestado (*the right to be alone*) que normalmente se materializaba en el ámbito de la propiedad pero que

---

<sup>479</sup> Así, MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José; *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1993, pág. 28.

<sup>480</sup> Samuel Warren, que había abandonado la práctica de la abogacía para dedicarse a los negocios acostumbraba a dar frecuentes fiestas sociales en su casa de Boston. La prensa local dedicada a los asuntos de alta sociedad comenzó a publicar, en relación a las mismas, una serie de informaciones altamente personales por lo que la familia de Warren estaba muy molesta. La situación llegó al límite cuando una de las hijas de Warren contrajo matrimonio. En este momento, Warren acudió a su compañero de estudios en Harvard Louis Brandeis, quien llegaría a ser juez en el Tribunal Supremo de EUA, para elaborar un sobresaliente artículo de gran influencia en el ordenamiento jurídico americano y que sería el germen de lo que hoy entendemos por derecho a la intimidad. Así lo relata HERRERO-TEJEDOR, Fernando; *Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, 1990, pág. 35. El artículo original es WARREN Samuel- BRANDEIS, Louis; "The right to the privacy", en *Harvard Law Review*, 1890, vol. IV, nº 5, págs. 193-219 pero actualmente se encuentra publicado y traducido en WARREN Samuel- BRANDEIS, Louis; *El derecho a la intimidad*, Madrid, 1995 con traducción de Pilar Blasega y prólogo de Benigno Pendás.

<sup>481</sup> Creemos preferible hablar en esta sede de *right to privacy* y no de derecho a la intimidad porque el *privacy* anglosajón incluye lo que nosotros entendemos por intimidad pero también el derecho a la imagen que en nuestro ordenamiento, en cambio, ha alcanzado sustantividad propia como derecho.



ahora lo hace en el ámbito de la inviolabilidad de la persona<sup>482</sup> y que consiste en una protección de los pensamientos, emociones, sensaciones con independencia del medio por el cual éstos se difundan<sup>483</sup>.

Ya en su origen, por tanto, el derecho a la intimidad forma parte de la inviolabilidad de la persona como ocurre actualmente en nuestro ordenamiento jurídico donde este derecho se recoge en el art. 18 CE como un derecho fundamental inherente al individuo que deriva de su personalidad y su dignidad y que como tal es el fundamento del orden político y la paz social (art. 10.1 CE).

Parte de la doctrina defiende la intimidad como la posibilidad de excluir a los demás de la esfera de la vida privada<sup>484</sup>. En este sentido, podemos decir que el derecho a la intimidad nace como un derecho de defensa que permite al individuo reservar un ámbito territorial y vital en el cual puede excluir cualquier injerencia de extraños. Se trata de la posibilidad del individuo de aislarse frente a los demás, manteniendo un reducto de su espacio vital al margen de la sociedad y de las relaciones con los demás. Así lo recoge el art. 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 cuando dice "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques".

Pero actualmente se acepta que, junto a esa vertiente de exclusión territorial, coexiste, como parte del derecho a la intimidad, la posibilidad de controlar la información que sobre nuestra vida privada llega a los demás<sup>485</sup>. Se

---

<sup>482</sup> WARREN Samuel- BRANDEIS, Louis; *El derecho a la intimidad*, Madrid, 1995, págs. 44-45.

<sup>483</sup> WARREN, S.-BRANDEIS, L.; *Op. Cit.*, pág. 47.

<sup>484</sup> Así, DE LA VÁLGOMA, María; "Comentario a la ley orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen", en *Anuario de Derechos Humanos*, 1983, Tomo II, pág. 657, HERRERO-TEJEDOR, F.; *Honor,...*, cit., pág. 78 y ROMERO COLOMA, Aurelia María; *Derecho a la intimidad, a la información y proceso penal*, Madrid, 1987, pág. 29.

<sup>485</sup> Así, REBOLLO DELGADO, Lucrecio; *El derecho fundamental a la intimidad*, Madrid, 2000, págs. 76-77, GARCÍA VITORIA, Aurora; *El derecho a la intimidad, en el Derecho penal y en la Constitución de 1978*, pág. 25, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús en LACRUZ BERDEJO, José Luis; *Elementos de derecho civil*, Tomo I, Vol. 2º, Madrid, 2000, pág. 84-85, HUALDE SÁNCHEZ, José

trataría de la capacidad de reserva sobre ciertos datos o elementos de la vida privada sustrayéndolos al conocimiento ajeno para evitar su difusión o exigir esa misma reserva a terceros cuando éstos los hubieran conocido sin consentimiento del individuo o sin voluntad de que el tercero los difundiera<sup>486</sup>.

Así tenemos elementos del contenido que pertenecen a la esfera territorial del derecho como la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), otros que pertenecen principalmente a la esfera informativa como la protección de datos de carácter personal en el ámbito de la informática (art. 18.4 CE) y otros que podrían participar de ambas vertientes como el secreto de la correspondencia (art. 18.3 CE) para cuyo respeto es precisa la no injerencia en el ámbito territorial de la vida privada y, en el caso de que se tenga acceso a la información de forma casual o consentida, el deber de no difundirla.

Esta doble vertiente informativa y territorial es, sin duda, la que se defiende en el derecho a la intimidad recogido en el art. 18 CE. Sin embargo, parece que el Tribunal Constitucional, sin afirmarlo de forma expresa, ha ampliado el derecho a la intimidad aludiendo a lo que sería una tercera vertiente referida a la autonomía o la autodeterminación del individuo a realizar determinados actos en el ámbito de su vida privada.

En efecto, en la STC 201/1997, de 25 de noviembre considera incluido en el derecho a la intimidad la posibilidad de un recluso a comunicarse en euskera con su familia y la STC 151/1997 de 29 de septiembre considera que sancionar a un capitán por permitir el adulterio de su mujer con un teniente es contrario al derecho a la intimidad porque “No cabe duda de que el comportamiento omisivo reprochado se refería a algo tan privado como es la propia relación conyugal y se proyectaba sobre algo tan peculiarmente íntimo como eran las relaciones sexuales que mantenía la esposa del recurrente, que, sin duda, integran el ámbito de la intimidad personal y familiar consagrado en el artículo 18 CE”<sup>487</sup>. Además el

---

Javier; *Manual de Derecho Civil*, Tomo I, Madrid, 1997, pág. 345-346 y MIERES MIERES, Luis Javier; *Intimidad personal y familiar. Prontuario de Jurisprudencia Constitucional*, Navarra, 2002, pág. 25-27.

<sup>486</sup> GARCÍA VITORIA, A.; *Op. Cit.*, págs. 25-26.

conocimiento de determinadas informaciones por la opinión pública afecta a la libertad del individuo pues la autonomía personal queda afectada cuando los demás nos juzgan<sup>487</sup>. La autonomía individual en la elección y desarrollo del propio plan de vida entrañan una serie de acciones y omisiones posibles no específicamente protegidas por los derechos fundamentales y cuando esa libertad presenta un punto de conexión fuerte con la vida privada y familiar, la concreta acción u omisión queda también protegida por este derecho<sup>489</sup>.

En efecto, se trata de interpretar de forma amplia los derechos fundamentales enunciados en la Constitución para dar cabida en ellos a aspectos de la personalidad y la dignidad que, de otra forma, no tendrían acceso a la protección y garantías que ofrece la Constitución a los derechos con rango fundamental. De esta forma, mediante el criterio de la conexión con la vida privada o familiar se protege la posibilidad de decidir sobre el aborto, tomar o no anticonceptivos,... Ciertamente estas acciones son manifestaciones del principio general de libertad pero no encajan en el art. 16 CE que recoge la libertad ideológica, religiosa y de culto ni en el art. 17 CE que parece reconocer la libertad de movimiento. Por ello, de no entenderlas incluidas en el derecho a la intimidad, estas acciones, que son inherentes al libre ejercicio de la personalidad, no encontrarían protección constitucional. De esta forma el art. 18 CE funciona parcialmente como una cláusula de cierre<sup>490</sup>.

---

<sup>487</sup> Así, STC 151/1997, de 29 de septiembre, fto jco 5º. Es importante esta afirmación en la medida en que implica un cambio de tendencia en relación a sentencias anteriores como la STC 89/1987, de 3 de junio en la que se niega que la posibilidad de mantener relaciones sexuales forme parte del derecho a la intimidad.

<sup>488</sup> GARCÍA SAN MIGUEL RODRÍGUEZ-ARANGO, Luis; "Reflexiones sobre la intimidad como límite de la libertad de expresión", en GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (Editor); *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Madrid, 1992, pág. 19.

<sup>489</sup> MIERES MIERES, L.J.; *Op. Cit.*, pág. 33 quien afirma que "el criterio de la "conexión fuerte con la vida privada y familiar" pretende, por un lado, restringir el ámbito de obertura del derecho a fin de no hacerlo coextenso con el principio general de libertad y, por otro, dejar abierta la discusión argumentativa del peso de las razones por las que resulte deseable ofrecer protección constitucional de acciones u omisiones personales no específicamente protegidas". Parece que también reconoce un ámbito de autonomía y libertad en el derecho a la intimidad REBOLLO DELGADO, L.; *Op. Cit.*, pág. 77.

<sup>490</sup> MIERES MIERES, L.J.; *Op. Cit.*, pág. 33.

En definitiva, creemos que junto con la dimensión territorial y la informativa del derecho a la intimidad, coexiste una tercera dimensión que haría referencia a la autonomía y la libertad en la esfera de la vida privada.

En cualquier caso, antes de seguir adelante, conviene hacer algunas precisiones terminológicas. Cuando hablamos de vida privada estamos haciendo referencia a un concepto amplio de intimidad en que se manifiesta la triple dimensión de la intimidad<sup>491</sup>. Conviene no utilizar en nuestro ordenamiento el término privacidad para referirse a vida privada<sup>492</sup> pues se trata de una traducción del inglés *privacy* que no coincide conceptualmente con lo que entendemos aquí por vida privada o intimidad en sentido amplio sino que incluye también la imagen o incluso el honor<sup>493</sup> y estos derechos tienen en nuestro ordenamiento sustantividad propia pese a que, en ocasiones, su vulneración sea simultánea. Hay quien entiende que existe un concepto estricto de intimidad que englobaría sólo aquellos elementos que hacen referencia a aspectos especialmente íntimos y reservados o elementos secretos en relación a los cuales se ha guardado especial celo para que no sean conocidos o divulgados<sup>494</sup>. En cualquier caso, entendemos que en el art. 18 CE se protege un concepto amplio de intimidad y en ese sentido se utilizará en este trabajo con independencia de que en cada caso se trate uno u otro aspecto del derecho.

## **2. LA INTIMIDAD DEL MENOR EN EL ÁMBITO SANITARIO: EL SECRETO MÉDICO.**

La salud no es un derecho fundamental puesto que se regula en el art. 43.1 CE. Sin embargo, no cabe duda de que la salud ocupa un lugar preponderante en la protección de la persona y su dignidad por lo que el Tribunal Constitucional se ha encargado de vincularla a otros derechos fundamentales

---

<sup>491</sup> Así, CABEZUELO ARENAS, Ana Laura; *Derecho a la intimidad*, Valencia, 1998, pág. 36 y REBOLLO DELGADO, L.; *Op. Cit.*, págs. 83-84 quien observa que en el concepto de vida privada se engloba un ámbito más amplio que en la intimidad en sentido estricto pues en aquella se protege la esterilización, la contracepción, el aborto, las relaciones sexuales, la protección de datos, el respeto del domicilio, de las comunicaciones,...

<sup>492</sup> REBOLLO DELGADO, L.; *Op. Cit.*, págs. 85-87.

<sup>493</sup> WARREN, S.-BRANDEIS, L.; *Op. Cit.*, pág. 46 y 66.

<sup>494</sup> CABEZUELO ARENAS, A.L.; *Op. Cit.*, pág. 39.

para dotarla, *de facto*, de rango fundamental<sup>495</sup>. En concreto, los datos relativos a la salud se consideran incardinados dentro del ámbito de protección del derecho a la intimidad personal<sup>496</sup> aunque también se ha vinculado a la integridad física y la libertad<sup>497</sup>.

En efecto, el consentimiento informado a los tratamientos e intervenciones médicas se enmarca en el ámbito de los derechos a la integridad física y la libertad individual pero está también estrechamente vinculado al derecho a la intimidad. Cuando el menor tiene madurez suficiente para consentir por sí mismo los tratamientos e intervenciones su situación médica puede quedar en el ámbito de su vida privada pero cuando no es así necesariamente deben ser informados los titulares de la patria potestad o la tutela que en base a su deber de velar por los menores deberán prestar el consentimiento a los tratamientos e intervenciones. Por ello, puede afirmarse que consentimiento informado y derecho a la intimidad están estrechamente relacionados. Sin embargo, debido a la complejidad que presenta el estudio del consentimiento informado en el ámbito de los tratamientos e intervenciones médicas se tratará en el capítulo dedicado al derecho a la integridad física.

## 2.1. Concepto y fundamento

El secreto médico es una manifestación concreta del secreto profesional. Ahora bien, el secreto profesional no existe respecto de todo oficio o profesión sino sólo respecto de aquellas que implican un ejercicio público jurídicamente reglamentado, es decir, que la profesión persigue el interés público y para que éste se consiga es indispensable la existencia de una confianza entre el profesional y quien requiere sus servicios<sup>498</sup>. Por otra parte, el secreto debe

---

<sup>495</sup> Así lo hace notar HERRERO-TEJEDOR, Fernando; *La intimidad como derecho fundamental*, Madrid, 1998, pág. 139.

<sup>496</sup> Entre otras, STC 231/1988, de 2 de diciembre, STC 20/1992, de 14 de febrero y ATC 600/89, de 11 de diciembre.

<sup>497</sup> STC 35/1996, de 11 de marzo.

<sup>498</sup> PÉREZ VENEGAS, Francisco; "El secreto médico profesional y situaciones de conflicto", en *Revista general del derecho*, 1997, nº 628-629, págs. 150-151.

guardarse porque estamos ante profesionales a los cuales se acude en una situación de necesidad<sup>499</sup>. Así sucede con el secreto médico.

La primera manifestación de lo que actualmente entendemos por secreto médico la encontramos en el juramento hipocrático que reza como sigue: “Lo que en el tratamiento, o incluso fuera de él, viere u oyere en relación con la vida de los hombres, aquello que jamás deba trascender, lo callaré, teniéndolo por secreto”. Pero en la tradición antigua y medieval el secreto no se configuró como un derecho del paciente sino como un deber del médico de tal suerte que era éste quien establecía los límites del secreto según sus propios criterios de discreción y sigilo<sup>500</sup>.

No es hasta los siglos XVIII-XIX cuando empieza a configurarse el secreto médico como un derecho subjetivo de todo ser humano, como una derivación del derecho a la libertad de conciencia y posteriormente del derecho a la intimidad<sup>501</sup>. Por ello, más que considerar el secreto médico como un derecho fundamental del individuo debe considerarse como un instrumento, una vía para la consecución del respeto y efectividad de la intimidad<sup>502</sup>. De esta forma se configuraría como un derecho-función del médico a través del cual se adquiere el compromiso y el deber de proteger la intimidad del paciente.

---

<sup>499</sup> PÉREZ VENEGAS, F.; *Op. Cit.*, pág. 150, RUIZ MIGUEL, Carlos; *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Madrid, 1995, pág. 97 y SCHÜNEMANN, Bernd; “Problemas penales en la transmisión y prevención del sida desde la perspectiva alemana”, en INSALUD; *Jornadas sobre los derechos de los pacientes 1990*, Madrid, 1992, pág. 91.

<sup>500</sup> Así lo hacen notar SÁNCHEZ-CARO, Jesús-SÁNCHEZ-CARO, Javier; *El médico y la intimidad*, Madrid, 2001, pág. 107 y SÁNCHEZ CARAZO, Carmen; *La intimidad y el secreto médico*, Madrid, 2000, pág. 69.

<sup>501</sup> SÁNCHEZ CARAZO, C.; *Op. Cit.*, pág. 70.

<sup>502</sup> Así, El Tribunal Supremo en STS de 22 de julio de 1991. Parece que en igual sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en STC 115/2000, de 10 de mayo en su fto. jco. 6º al entender que la divulgación por una empleada del hogar de datos íntimos de quien la contrató supone una vulneración del deber de secreto profesional y una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y el ATC 600/1989. En contra parece manifestarse SÁNCHEZ-CARO, J.-SÁNCHEZ-CARO, J.; *Op. Cit.*, pág. 113 y RUIZ MIGUEL, C.; *Op. Cit.*, pág. 98-100 quienes afirman que estamos ante un derecho del paciente pero también ante un derecho del médico. Entendemos que más que un derecho del paciente se trata de una manifestación del derecho fundamental a la intimidad del paciente y que en modo alguno puede configurarse como un derecho subjetivo del médico (en este sentido la STC 110/1984 de 26 de noviembre en fto jco 10 en relación al secreto profesional bancario) sino como un derecho-función, es decir, una potestad a través de la cual se adquiere el deber de proteger y hacer efectivos derechos ajenos.

De lo que no cabe duda, sin embargo, es que el secreto médico se recoge en nuestro ordenamiento como una vía de protección del derecho a la intimidad pues, si bien de forma desperdigada, existe normativa al respecto. La Constitución española recoge en su art. 24.2 *in fine* la figura del secreto profesional y afirma, aunque todavía no se ha cumplido el mandato constitucional, que debe existir una ley que regule los casos en los que éste habilite a los profesionales a no declarar en juicio.

En el ámbito civil, el art. 7.4 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 considera intromisión ilegítima la revelación de datos privados de una persona conocidos a través de la actividad profesional de quien los revela. El art. 7.1 de la ley 41/2002, de 14 de noviembre de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica establece que “Toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley” y en el art. 19 de la misma ley se dice que el historial clínico del paciente deberá conservarse activa y diligentemente bajo el principio de confidencialidad de la información que en él consta<sup>503</sup>. El art. 5.1 de la ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre dice que “Toda persona tiene derecho a que se respete la confidencialidad de los datos referentes a su salud”. El art. 4.1 f) de la ley de Castilla-La Mancha 8/2000, de 30 de noviembre dice que el paciente tiene derecho a “la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y estancia en centros sanitarios públicos y privados”. El art. 10 de la ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal también establece el deber de secreto del responsable del fichero o de quienes intervengan en el proceso de tratamiento de los datos de carácter personal. El art. 4 d) de la ley 30/1979, de 27 de octubre,

---

<sup>503</sup> En sentido similar se manifestaba el art. 10.2 de la ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, hoy derogada, que garantizaba en relación al paciente la “confidencialidad de toda información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público” y en su art. 61 establecía que la historia clínico-sanitaria debería permanecer dentro de los límites de cada institución asistencial “debiendo quedar plenamente garantizados el derecho del enfermo a su intimidad personal y familiar y el deber de guardar el secreto por quien, en virtud de sus competencias, tenga acceso a la historia clínica”.

sobre extracción y transplante de órganos garantiza el anonimato del receptor, el art. 5.5 de la ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida humana afirma que la donación debe ser anónima, el art. 29.3 del real decreto 1854/1993, de transfusiones de sangre y utilización de hemoderivados establece el deber de confidencialidad del registro de datos personales,...

En el ámbito penal el art. 199 del Código penal aprobado por ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, castiga a quien revele secretos ajenos que haya conocido por razón de su cargo o de una relación laboral.

Por su parte, el capítulo IV del Código deontológico aprobado el 25 de septiembre de 1999 por la Asamblea del Consejo General de Colegios Médicos regula el secreto profesional del médico. En su art. 14 se afirma que el secreto médico es inherente al ejercicio de la profesión por lo que obliga a todos los médicos a no revelar nada de lo que el paciente le haya confiado o de lo que haya conocido por el mero ejercicio de su profesión y se configura como un derecho del paciente a salvaguardar su intimidad frente a terceros que se mantiene incluso después de su fallecimiento. El art. 15 entiende que el equipo médico es responsable del secreto por lo que el médico exigirá a todos sus colaboradores que lo respeten. El art. 17 previene que el uso de los sistemas informatizados de datos no puede comprometer en modo alguno la intimidad del paciente. También lo recoge el Código deontológico del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona en el que se dedica el título IV (arts. 28 a 40) al derecho a la intimidad y al secreto profesional.

Por ello, el secreto profesional médico se puede definir como el deber de todo profesional sanitario de guardar silencio sobre todo aquello que le hubiera sido confiado por el paciente o hubiera averiguado fruto de la atención médica prestada<sup>504</sup> cuyo objetivo es salvaguardar el derecho a la intimidad del paciente en el ámbito sanitario.

---

<sup>504</sup> SÁNCHEZ-CARO, J.-SÁNCHEZ-CARO, J.; *Op. Cit.*, pág. 110.



El fundamento del secreto profesional es la relación de confianza entre el profesional y el usuario de los servicios que presupone la confidencialidad de lo en ella tratado<sup>505</sup>. Ello es especialmente relevante en el ámbito del secreto médico pues el paciente puede sentirse disuadido de comunicar datos privados necesarios para la correcta prestación de la asistencia y tratamiento sanitario para evitar su conocimiento por terceras personas con lo cual se estarían perjudicando otros bienes jurídicos como la salud, la integridad física o incluso la vida del paciente<sup>506</sup>. La base del secreto médico radica en la facilidad con la que el médico accede a la esfera íntima de otros precisamente porque el paciente presupone el secreto<sup>507</sup>.

### **2.1.2. El secreto médico en relación al menor de edad.**

El menor de edad, como cualquier persona, es titular del derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 CE y, en consecuencia, también respecto de él debe predicarse el deber de secreto médico. Pero es evidente que, en tanto que el menor de edad no tiene plena capacidad de obrar, el ejercicio de este derecho a la intimidad tiene una serie de peculiaridades, de ahí su regulación específica en el art. 4 de la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que se van a manifestar también en el ámbito médico. Básicamente interesa destacar cuándo el menor va a poder ejercer el derecho a la intimidad por sí mismo en el ámbito médico y cuándo por no ser así deberán hacerlo sus representantes. Debe recordarse que el art. 162 CC y el art. 155 CF establecen que los derechos de la personalidad se ejercerán por el propio menor cuando tenga madurez para ello y que en caso de no ser así intervendrán los representantes legales de forma excepcional y cumpliendo una serie de requisitos.

---

<sup>505</sup> Así, SÁNCHEZ CARAZO, C.; *Op. Cit.*, pág. 72.

<sup>506</sup> MIERES MIERES, L.J.; *Op. Cit.*, pág. 75. En igual sentido el TEDH en el caso Z vs Finlandia en Sentencia de 25 de febrero de 1997 donde en su párrafo 95 afirma que la confidencialidad de las informaciones relativas a la salud no relevantes “no solamente para proteger la vida privada de los enfermos sino igualmente para preservar su confianza en el cuerpo médico” y añade que faltando esa protección, “las personas podrían verse disuadidas a suministrar las informaciones de carácter personal e íntimo necesarias para la prescripción del tratamiento apropiado e incluso de consultar a un médico, lo que podría poner en peligro su salud y, en caso de enfermedades transmisibles, la de la colectividad”.

<sup>507</sup> SÁNCHEZ CARAZO, C.; *Op. Cit.*, pág. 73.

La capacidad natural para entender y querer los actos derivados de la intimidad se va adquiriendo de forma paulatina por el menor de edad de tal manera que podemos afirmar que entre los doce y los quince años ha adquirido plena conciencia del valor de este concepto<sup>508</sup>. De hecho la legislación sanitaria, como después se verá en detalle, presume capacidad natural a los dieciséis años y por debajo de esa edad hace una llamada al análisis del caso concreto<sup>509</sup>. Cuando existe capacidad natural estamos ante lo que denominamos un gran menor o adolescente por lo que deberá permitirse que sea éste, a salvo las excepciones, quien decida sobre su intimidad en el ámbito sanitario<sup>510</sup>. La posibilidad de ejercer el derecho a la intimidad por el menor en relación al ámbito médico puede tener relevancia respecto a la información aparecida en los medios de comunicación, respecto a la posibilidad o no de ocultar a los padres determinada información médica relativa al hijo menor de edad y por último respecto a cómo debe ser tratada la información médica relativa al menor mediante sistemas informáticos.

El menor con madurez suficiente puede ejercer por sí mismo su derecho a la intimidad en relación a la difusión en medios de comunicación de datos relativos a su salud<sup>511</sup>. El art. 3.1 de la ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de

---

<sup>508</sup> Este resultado procede de un proceso evolutivo que se inicia alrededor de los tres años cuando el menor descubre, junto a su corporeidad, el mundo interior, la intimidad. Así, observa que los demás pueden descubrir sus sentimientos puesto que, en ocasiones se avanza a sus necesidades y deseos. Posteriormente aprende que puede pensar o sentir de forma diferente a lo que dice que piensa o siente; el menor aprende a mentir. Gracias a la fantasía el menor descubre la intimidad como un ámbito opuesto a la realidad empírica. La intimidad es para el menor el descubrimiento de la absoluta propiedad de sus sentimientos, pensamientos, emociones, representaciones,..., de su mundo interior. Ello unido a la idea de la sociabilidad, es decir, sus relaciones con el exterior, contribuyen a que el menor entienda plenamente el concepto de lo íntimo. Así, SÁNCHEZ-CARO, J.-SÁNCHEZ-CARO, J.; *Op. Cit.*, pág. 202-203.

<sup>509</sup> Así el art. 9.3 c) de la ley 41/2002, de 14 de noviembre y el art. 7.2 d) de la ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre.

<sup>510</sup> Así también, al menos en el ámbito de la psiquiatría, SÁNCHEZ-CARO, J.-SÁNCHEZ-CARO, J.; *Op. Cit.*, pág. 204. En contra, ROMEO CASABONA, Carlos M.-CASTELLANO ARROYO, María; "La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica", en *Derecho y Salud*, 1993, Vol. 1, nº 1, pág. 7 quien parece diferenciar únicamente entre mayores y menores de edad entendiendo para este último caso que serán los representantes legales los únicos que podrían relevar al médico del deber de guardar silencio.

<sup>511</sup> Así sucedería, por ejemplo, en relación al consentimiento para realizar una entrevista a un menor de edad que ha sido sometido a una intervención quirúrgica en el ámbito de un reportaje

protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen establece que los menores podrán prestar por sí mismos el consentimiento cuando sus condiciones de madurez así lo permitan de acuerdo siempre con la legislación civil. Ésta prevé que queda exceptuada la representación legal de los padres en el ámbito de los derechos de la personalidad del menor de edad (art. 162.2 CC y 155.2 CF) puesto que será el propio menor quien ejerza sus derechos cuando tenga madurez suficiente.

Cuestión diferente será que la aparición en los medios de comunicación de una información o imagen que permita identificar al menor y, por tanto, afectar a su intimidad, proceda de un contrato pues en este caso deberán intervenir los padres en tanto que representantes legales del menor en el ámbito patrimonial y en tanto que titulares del deber de velar por los hijos menores de edad.

En cualquier caso, es posible que la utilización que se haga de la información, imagen o nombre del menor sea contraria a sus intereses vulnerando su intimidad o su honor en cuyo caso se considerará que existe intromisión ilegítima en el derecho “incluso si consta el consentimiento del menor” (art. 4.3 *in fine* de la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor). Hay que tener en cuenta que, pese a no existir un contrato, terceras personas pueden perseguir intereses patrimoniales contrarios al interés del menor con la entrevista aprovechando la situación penosa en la que se encuentra o se ha encontrado el menor. Por ello, la ley 1/1996 establece que existe responsabilidad en caso de vulneración de la dignidad y la personalidad del menor pues considera irrelevante que éste haya prestado su consentimiento aunque tenga madurez suficiente para ello. En estos supuestos, según establece el art. 4.4 de la ley orgánica 1/1996, el Ministerio Fiscal podrá intervenir de oficio o a instancia del propio menor o cualquier persona interesada por lo que los padres en la medida en que la titularidad de la patria potestad les otorga un interés legítimo en la protección de la persona del hijo menor podrán solicitar la intervención del Fiscal en aras a la determinación de si se ha perjudicado su interés o no. En efecto, los padres, en tanto que titulares del deber de velar por los hijos derivado de la patria

---

sobre determinada enfermedad, a la participación del menor en un programa especial para recoger fondos para luchar contra la enfermedad que él ha padecido o está padeciendo,...

potestad que ostentan, pueden impedir el uso de la imagen o la información atentatoria del interés del menor poniendo la situación en conocimiento del Ministerio Fiscal quien valorará la existencia o no del perjuicio<sup>512</sup>. Se trata de impedir que los padres alegando el deber de velar por los hijos puedan vetar *de facto* el ejercicio del derecho a la intimidad por parte de hijo con capacidad de autogobierno por lo que será necesaria la intervención del Ministerio Fiscal para decidir si debe primar el consentimiento del menor como una forma de ejercicio de su derecho a la intimidad o de si, pese al consentimiento del menor, se hace necesaria la intervención de las instituciones públicas por haberse vulnerado el interés del menor<sup>513</sup>.

Debe hacerse referencia también a aquellos supuestos en los cuales en base al interés público de un determinado tratamiento o intervención médica, se informa a los medios de comunicación. Pues bien, en este caso, cuando el menor no presta su consentimiento, debe hacerse una disociación de datos, es decir, no es incompatible informar sobre la existencia de un paciente en el que ha dado resultado satisfactorio un determinado tratamiento o intervención con mantener el anonimato del paciente<sup>514</sup>. Se trata de asumir definitivamente que informar no tiene que implicar identificar.

El secreto médico también debe guardarse en relación a los padres del menor de edad cuando así lo exige el menor con suficiente madurez excepto

---

<sup>512</sup> Creemos preferible acudir al Ministerio Fiscal y no al Juez en la medida en que el art. 3.2 de la ley orgánica 1/1982 encarga a esta institución la protección de los bienes de la personalidad del menor de edad. Por tanto, si el Ministerio Fiscal lo considera oportuno podría acudir al juez para que tomara las medidas oportunas.

<sup>513</sup> Piénsese en un menor que decide acudir a un programa dedicado a la prevención del SIDA para explicar cómo se contagió y cómo pudo haberlo evitado. Estamos hablando de un gran menor que compartiendo su experiencia puede ayudar a prevenir el contagio en personas de su edad. Pues bien, los padres, por su propio concepto de la intimidad, de las buenas costumbres o de las apariencias, pueden entender que la aparición del menor en los medios de comunicación es perjudicial para su hijo. Sin embargo, estamos ante un menor con madurez suficiente que puede decidir sobre su derecho a la intimidad y que lo hace en un supuesto que objetivamente recae dentro del ámbito del interés público por lo que los padres no podrían impedir la difusión de la aparición de su hijo en los medios de comunicación.

<sup>514</sup> MORALES PRATS, Fermín; "Derecho a la intimidad versus tratamiento de datos sanitarios", en *Derecho y salud*, 2001, Vol. 9, nº 2, págs. 146-147. También CONDE OLASAGASTI, José Luis; "El derecho a la intimidad y las necesidades de investigación y la evaluación en el ámbito sanitario", en [www.seis.es/informe/2001/PDF/3Conde.pdf](http://www.seis.es/informe/2001/PDF/3Conde.pdf), pág. 65 donde afirma que la disociación entre identidad e intimidad puede llevarse a cabo a través de la asignación de un código al paciente.

cuando ello pudiera ser contrario a sus intereses. En efecto, creemos que solamente en estas situaciones debe mantenerse el secreto médico en relación a los progenitores pues no debe olvidarse que éstos son titulares del deber de velar por los hijos menores de edad. El conflicto entre este deber y el derecho a la intimidad de los hijos tiene que ceder siempre en favor de este último cuando así lo exija el menor, cuando lo requiera su interés o cuando la salud del menor no corra peligro de forma grave. Así lo confirma a sensu contrario el art. 9.3 c) *in fine* de la ley 41/2002, de 14 de noviembre que dice que “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”.

Aunque este tema se trata en profundidad posteriormente baste decir aquí que así sucederá, por ejemplo, cuando el menor de edad que ha contraído el virus del sida fruto de sus relaciones homosexuales no quiere que ello sea comunicado a sus progenitores para que éstos no conozcan su tendencia sexual y quiere mantener en secreto su enfermedad con independencia de que vaya a someterse a los tratamientos oportunos, debe respetarse la confidencialidad. Por otra parte, en el ámbito psiquiátrico, el tratamiento mismo suele comportar la revelación de datos personales íntimos sin el conocimiento de los cuales el tratamiento se dificultaría gravemente por lo que resulta esencial garantizar al menor la confidencialidad de lo que explica al médico<sup>515</sup>. Debe recordarse que el fundamento del secreto médico es la relación de confianza entre médico y paciente que garantiza la confidencialidad de lo que aquél conoce con motivo de su profesión y si ello no se respeta el propio bien jurídico de la salud del menor puede perjudicarse. Finalmente, cuando el menor se dirige a un centro de asistencia primaria por una gripe no parece necesario informar a los padres en la medida en que se trata de una dolencia leve con un tratamiento simple por lo que la confidencialidad debe primar con independencia de que lo más probable es que el propio menor lo comente a sus padres o estos mismos lo observen.

En relación al tratamiento y cesión de datos personales del ámbito médico-sanitario hay que hacer algunas precisiones. El art. 6.1 de la ley orgánica

---

<sup>515</sup> SÁNCHEZ-CARO, J.-SÁNCHEZ-CARO, J.; *Op. Cit.*, pág. 204-205.

15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal exige el “consentimiento inequívoco” del afectado para el tratamiento de datos de carácter personal y, en el caso de datos especialmente protegidos como el origen racial, la salud o la vida sexual, éstos “sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente” (art. 7.3 ley orgánica 15/1999). Sin embargo, los datos relativos a la salud podrán ser objeto de tratamiento cuando éste “resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médico, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto” y lo mismo sucederá “cuando el tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona, en el supuesto de que el afectado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento” (art. 7.6 de la ley orgánica 15/1999).

Por ello, pese a que no lo diga expresamente la ley, no será necesario recabar el consentimiento del afectado en relación al tratamiento médico de los datos relativos a la salud<sup>516</sup> entendiendo por ellos cualquier información que permita formarse fácilmente una idea de la situación médica de una persona: comportamiento, vida sexual, forma de vida, consumo de drogas o alcohol, ...<sup>517</sup>. Así se desprende de la remisión del art. 6.2 de la ley cuando dice que no será preciso el consentimiento “cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley”. En realidad se trata de una ponderación entre el bien jurídico protegido por la ley 15/1999, el derecho a la intimidad, y el derecho a la salud, la integridad física y la vida en la cual lógicamente el primero cede ante los segundos. En cualquier caso, parece que sí será necesario informar sobre el tratamiento de los datos que se haya realizado<sup>518</sup>. Por otra parte, las instituciones

---

<sup>516</sup> Así lo entiende también VIZCAÍNO CALDERÓN, Miguel; *Comentarios a la ley orgánica de protección de datos de carácter personal*, Madrid, 2001, pág. 131.

<sup>517</sup> SÁNCHEZ CARAZO, C.; *Op. Cit.*, pág. 112.

<sup>518</sup> VIZCAÍNO CALDERÓN, M.; *Op. Cit.*, pág. 132.

y centros sanitarios públicos y privados y los profesionales correspondientes podrán proceder al tratamiento de los datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que a ellos acudan o hayan de ser tratados en los mismos de acuerdo con la legislación estatal y autonómica (art. 8 de la ley 15/1999). Con ello, básicamente se quiere hacer referencia al deber de secreto que tienen no sólo los médicos sino también todo el personal sanitario que conozca los datos a causa de su profesión<sup>519</sup> y a las medidas de seguridad que se deberán tomar en relación al tratamiento (disociación de los datos médicos del paciente y de su identidad personal,...)<sup>520</sup>.

Pero lo que a efectos de este estudio tiene mayor relevancia es la cuestión de la cesión de los datos sanitarios que se regula en el art. 11 de la ley orgánica 15/1999 de forma general. En él se afirma que los datos de carácter personal objeto de tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el consentimiento previo del interesado. Se trata, por tanto, de un concepto extraordinariamente amplio de cesión puesto que cualquier forma de manifestación de los datos a un tercero constituye una comunicación o cesión de los mismos<sup>521</sup>.

Se desprenden del precepto dos requisitos en orden a la posibilidad de cesión de los datos. En primer lugar, la cesión debe hacerse exclusivamente para una finalidad directamente relacionada con las funciones del cedente y del cesionario lo cual se trata de una norma imperativa y vinculante sin que se prevea excepción alguna a la misma si bien podría entenderse que con el consentimiento expreso del titular podrían cederse los datos para otros fines<sup>522</sup>. Así, el Tribunal

---

<sup>519</sup> Art. 16 de la ley 41/2002, de 14 de noviembre de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y art. 85.5 de la ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento. En igual sentido el art. 15 del Código de deontología del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona y el art. 36 del Código de ética y deontología médica de la Organización Médica Colegial.

<sup>520</sup> Art. 16 de la ley 41/2002, de 14 de noviembre de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y arts 96 y 98 de la ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento.

<sup>521</sup> VIZCAÍNO CALDERÓN, M.; *Op. Cit.*, pág. 158.

Constitucional ha considerado que ceder el historial clínico completo del paciente a los solos efectos de confirmar la situación de alta o baja en la seguridad social constituye un atentado a la intimidad personal de los pacientes por cuanto el fin para el que se han recabado esos datos no coincide con el objetivo al que se dedican, máxime cuando es innecesario conocer los detalles de la historia clínica para conocer si la situación de alta o baja laboral del paciente es correcta<sup>523</sup>.

El segundo requisito es el previo consentimiento del interesado para el cual sí se prevén una serie de excepciones entre las cuales está aquella situación en la cual la cesión de datos de carácter personal relativos a la salud es necesaria para solucionar una urgencia que requiera acceder a un fichero o para realizar estudios epidemiológicos. La regla general, sin embargo, es la necesidad de consentimiento previo del interesado lo cual suscita la duda de cuál es la capacidad exigida para prestar dicho consentimiento en este ámbito pues nada aclara la ley a este respecto.

Parece que en la medida en que estamos ante una cuestión relativa a la intimidad del menor debería aplicarse aquí la regla general establecida en el art. 3.1 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 de tal manera que el consentimiento debería prestarse por el menor mismo “si sus condiciones de madurez lo permiten”.

Es cierto que como norma general a los doce años el menor tiene madurez suficiente para ejercer sus derechos de la personalidad y así sucede en principio con el derecho a la intimidad. Sin embargo, puesto que estamos ante un ejercicio del derecho a la intimidad íntimamente relacionado con la salud es preciso analizar en detalle la posibilidad de que el menor pueda consentir la cesión de dichos datos. Creemos que un criterio adecuado sería entender que cuando el menor tiene madurez suficiente para consentir por sí mismo tratamientos e intervenciones médicas, también tendrá capacidad natural para consentir el

---

<sup>522</sup> VIZCAÍNO CALDERÓN, M.; *Op. Cit.*, pág. 159-160. En contra, ORTI VALLEJO, Antonio; *Derecho a la intimidad e informática*, Granada, 1994, pág. 176 y ss.

<sup>523</sup> STC 222/1999, de 8 de noviembre.



tratamiento y cesión de datos personales relativos a su salud. Este tema se trata con posterioridad en el capítulo dedicado a la integridad física pero puede avanzarse aquí que el menor con dieciséis años podrá consentir como regla general mientras que respecto del menor que esté entre los doce y los dieciséis años habrá que estar al caso concreto y por debajo de esa edad decidirán en principio los representantes legales.

Cuando el menor es de tan corta edad que no tiene madurez suficiente para ejercer por sí mismo sus derechos fundamentales o de la personalidad, serán los padres quienes protejan su intimidad. Por una parte, el ordenamiento jurídico excluye la representación legal en el ámbito de los derechos de la personalidad (arts. 162.2 CC y 155.2 CF) y por la otra, varios preceptos legales imponen a los padres el deber de proteger a los hijos. Así, el art. 154.2 CC y el art. 133.1 CF dicen que los padres deberán ejercer la patria potestad en beneficio de los hijos y respetando siempre su personalidad, y además deberán velar por ellos. Por su parte, el art. 4.5 de la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor dice en relación al honor, intimidad y propia imagen que los padres respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros. Finalmente el art. 3.2 de la ley orgánica 1/1982 dice que los representantes podrán ejercer con la necesaria comunicación al Ministerio Fiscal el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen del menor cuando éste no tenga madurez para hacerlo por sí mismo.

En relación a terceros, el médico deber guardar secreto médico pues, como ha quedado expuesto *ut supra*, incluso en supuestos de interés general, puede proporcionarse información sin identificar al paciente<sup>524</sup>. Para que se pudiera identificar al menor sería preciso que los padres dieran su consentimiento previa comunicación al Ministerio Fiscal como garantía de que no se vulnera el interés del menor (art. 3.2 de la ley orgánica 1/1982). Por ello, sólo en casos excepcionales podría consentirse la identificación del menor (aparición del menor en un programa benéfico para conseguir fondos para luchar contra determinada enfermedad, reportaje sobre la enfermedad,...). Por tanto, en el ámbito de los

---

<sup>524</sup> MORALES PRATS, F.; *Op. Cit.*, págs. 146-147.

medios de comunicación sólo puede hacerse uso de datos relativos a la intimidad médica del menor cuando los representantes legales hayan prestado su consentimiento previa comunicación al Ministerio Fiscal. Pero si, aún cumpliéndose estos requisitos, se vulnera el interés del menor, el Ministerio Fiscal podrá intervenir *a posteriori* a instancia de parte o de oficio según reza el art. 4 de la ley orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor.

Por último, respecto de la cesión de datos informatizados, hay que tener en cuenta que el art. 16 de la ley 41/2002, de 14 de noviembre de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica establece que deberá conservarse el historial clínico del paciente asignándole un código de identificación que no permita averiguar la identidad real del paciente en aras a proteger su intimidad<sup>525</sup>. Para que puedan ser cedidos los datos médicos del menor es preciso el consentimiento de los representantes legales previo conocimiento del Ministerio Fiscal que analizará si ello puede entrañar un perjuicio para el interés del menor. Difícilmente se podrá aceptar, sin embargo, la cesión de datos médicos del menor para un fin diferente que la protección de su salud por lo que la cesión con objetivos comerciales estadísticos,... no estaría justificada aún cuando los representantes hubieran prestado su consentimiento.

### **2.1.3. Excepciones al deber de secreto: causas de justificación.**

El art. 2.2 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 dice que no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en estos derechos cuando “estuviere expresamente autorizado por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso” y el art. 7.1 de la misma ley añade que no se reputarán con carácter general intromisiones ilegítimas “las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante”. Asimismo, el art. 11.2 a) de la ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de

---

<sup>525</sup> CONDE OLASAGASTI, José Luis; “El derecho a la intimidad y las necesidades de investigación y la evaluación en el ámbito sanitario”, en [www.seis.es/informe/2001/PDF/3Conde.pdf](http://www.seis.es/informe/2001/PDF/3Conde.pdf), pág. 65.

protección de datos de carácter personal establece que el consentimiento para ceder datos de carácter personal no será necesario cuando la cesión esté autorizada en una ley.

De todo ello cabe deducir que no existirá vulneración de la intimidad en caso de que el médico revele lo conocido a causa de su ejercicio profesional cuando una ley lo autorice, cuando exista interés público en comunicar determinada información o, lógicamente, cuando el titular del derecho manifieste su consentimiento. Sobre el consentimiento ya ha quedado expuesto que, cuando el menor tenga madurez suficiente, deberá prestarlo por sí mismo y, cuando no sea sí, serán sus representantes legales quienes, en determinadas condiciones y de forma excepcional, lo hagan. Por ello, es necesario abordar aquí los supuestos en que por previsión legal y/o por interés general el médico queda relevado del deber de secreto.

#### *1. Comunicación de información a la autoridad judicial.*

En relación a la revelación de datos médico-sanitarios del menor de edad, deben destacarse los arts. 262 y 263 de la LECrim. Así, el art. 262 de esta ley establece que los que “por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratase de un delito flagrante”. Por tanto, los médicos deberán denunciar aquellos delitos que se hubieran cometido contra un menor o incluso los que el menor hubiera cometido<sup>526</sup>.

Es posible que en un reconocimiento, el médico perciba indicios de maltrato en un menor de edad o que incluso fruto de las conversaciones en una

---

<sup>526</sup> Se ha criticado la obligación de revelación del secreto médico en la medida en que el art. 263 exime de este deber a los abogados, procuradores y eclesiásticos por cuanto supone una discriminación respecto de los profesionales médicos. Así, DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo; “Problemas legales de la historia clínica en el marco hospitalario”, en *La Ley*, 1987-1, pág. 1019 y OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio; “Algunas reflexiones sobre el tratamiento jurídico del secreto profesional”, en *La ley*, 1983-1, pág. 1136. Sin embargo, en cierta medida tiene una explicación eximir a los abogados y procuradores puesto que es incompatible la revelación de determinada información con el ejercicio de su profesión que protege otro derecho fundamental cual es la tutela judicial efectiva. Pero es cierto que este argumento no es válido para los eclesiásticos, al menos desde el punto de vista jurídico.

consulta psicológica o psiquiátrica descubra la existencia de maltrato físico o psicológico o de abusos sexuales por parte de los padres, un familiar o cualquier otra persona que tenga contacto con el menor. En estos casos el médico debería, en efecto, comunicar la información obtenida fruto del ejercicio de su profesión en la medida en que existen indicios de delito. Así se desprende del art. 31 del Código deontológico del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona que expresamente prevé que el médico podrá revelar el secreto con discreción cuando tenga conocimiento de malos tratos a menores de edad<sup>527</sup>.

En realidad el fundamento de la obligación de revelar esta información establecido en el art. 262 de la LECrim es fruto de la protección del interés público y de un estado de necesidad en el que entran en conflicto dos intereses. En efecto, por una parte, el médico está obligado a respetar la intimidad del paciente, en base a su deber de secreto profesional y por la otra, tiene conocimiento de la vulneración de otro derecho fundamental: la integridad física y moral del menor y/o su libertad sexual. Ante este conflicto debe primar, como regla general, la protección de la vida, integridad física y moral y salud.

Por ello, creemos que, cuando el delito del cual se tiene conocimiento no vulnera un derecho fundamental (piénsese, por ejemplo, en un paciente que acude al psicólogo por problemas de cleptomanía), debe primar el derecho a la intimidad del paciente y no debe revelarse la información. También es posible que tratándose de un delito en el que se vulnera un derecho fundamental, la revelación del mismo puede tener consecuencias graves para la salud o la integridad física del menor<sup>528</sup> y en este caso el médico deberá hacer una

---

<sup>527</sup> El art. 31 del Código deontológico del Colegio oficial de médicos de Barcelona dice que se relevará al médico del deber de secreto en los siguientes casos, entre otros:

- a) Cuando de la revelación se presuma un muy probable bien para el paciente
- d) Si con el silencio se presumiera un muy probable perjuicio para el paciente, para otras personas o un perjuicio colectivo (declaración de determinadas enfermedades contagiosas, ciertas enfermedades mentales, estado de salud de las personas al cargo de la "res pública",...)
- g) En ocasión de malos tratos a niños, ancianos, discapacitados psíquicos o actos de violación (en este caso con la aquiescencia de la víctima).

<sup>528</sup> HERRERO-TEJEDOR, F.; *La intimidad...*, cit., pág. 153 quien afirma que el tema "plantea sin duda una serie de problemas, sobre todo en profesiones como las ligadas a la psiquiatría, en que el médico puede tener conocimiento de un hecho delictivo y -en lugar de intentar curar a su paciente- según la ley lo que debe hacer es denunciarlo".

ponderación de intereses en el caso concreto sin que pueda establecerse una regla general *a priori*<sup>529</sup>.

Cuando estamos ante un menor y el delito se está cometiendo por un sujeto diferente de los padres, deberá informarse a la autoridad competente según el art. 262 LECrim pero también a los padres o tutor en base a deber de velar por los menores que les impone la titularidad de la patria potestad o la tutela y para el cumplimiento del cual deben conocer la situación en la que se encuentra el menor con la mayor celeridad posible para tomar las medidas oportunas. En cambio, si el delito se está cometiendo por los padres o el tutor se informará únicamente a la autoridad competente. Es posible que el menor sea reticente a hablar abiertamente del problema o, especialmente cuando el menor tiene madurez suficiente para ejercer sus derechos, solicite que se guarde en secreto la información, puesto que muchas veces genera en él un sentimiento de vergüenza o culpabilidad o miedo a las represalias. En este caso, ante delitos graves como los antedichos el médico debe comunicarlo a la autoridad judicial pues queda relevado del deber de secreto en la medida en que respetarlo es contrario al interés del paciente<sup>530</sup> y al interés público.

Por otra parte, el ataque a la intimidad no es tan grave en la medida en que se circunscribe al ámbito judicial o familiar permaneciendo el deber de secreto intacto en el resto de situaciones y además existe un secreto de sumario para los funcionarios que tengan conocimiento del delito a causa de su profesión<sup>531</sup>. Además, hay que entender que el médico revelará aquella información necesaria para perseguir el delito pero no aquella que forme parte de la intimidad del paciente y que no sea relevante a tales efectos.

---

<sup>529</sup> Piénsese, por ejemplo, en un paciente que ha asesinado a una persona y el sentimiento de culpa y los remordimientos le llevan a tener actitudes autolesivas o suicidas. En este caso, es cierto que estamos ante un delito contra la vida pero éste ya se ha cometido mientras que guardar silencio puede impedir que el paciente se suicide. En este caso, el mal que se evita no revelando la información es mayor que el bien que se conseguiría revelándola. Parece preferible continuar el tratamiento sugiriendo que la superación del sentimiento de culpa pasa por la confesión,...

<sup>530</sup> Tanto el art. 16.1 d) del Código de ética y deontología médica de la Organización Médica Colegial y el art. 31 d) del Código deontológico del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona relevan del deber de secreto al médico cuando con él se perjudique al propio paciente.

<sup>531</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.; *Op. Cit.*, pág.1138-1139.

Los mismos criterios deberían aplicarse cuando es el menor quien ha cometido el delito. En el caso, en el que el menor esté planteándose la posibilidad de cometer un delito, el médico deberá ponderar cuándo hay peligro real de que el menor lo cumpla o cuándo se trata de una simple fantasía. En el primer caso, el médico deberá informar a la autoridad competente e incluso a las personas que puedan correr peligro (piénsese en un menor que pretende asesinar a sus padres). En el segundo deberá primar el derecho a la intimidad del paciente por no existir un peligro real de vulneración de derechos fundamentales de terceros. Es evidente que el médico deberá hacer un ejercicio de valoración de la probabilidad de comisión del delito para el que los conocimientos científicos no dan soluciones claras en la mayor parte de los casos. Por ello, esto deberá tenerse en cuenta en aras a determinar posibles responsabilidades médicas por negligencia en caso de haber guardado el secreto y que finalmente el menor cometa el delito.

*2. Comunicación o cesión de datos en supuestos de enfermedades infecciosas o epidemia.*

El art. 11.2 f) de la ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal establece que no será preciso el consentimiento en la cesión de datos de carácter personal para realizar estudios epidemiológicos. Igualmente el art. 4 de la ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública permite, para poder identificar los grupos de riesgo, la recopilación de datos con o sin consentimiento del interesado y la elaboración de unos perfiles sobre la base de las enfermedades padecidas, la frecuencia de los cuidados médicos, el consumo de determinados medicamentos, la dependencia de dicho consumo,... y se podrá condicionar la prescripción de medicamentos en determinados casos a la identificación de grupos de riesgo. En similar sentido algunos Códigos deontológicos como el del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona que establece en su art. 31.d) que el médico quedará relevado del deber de secreto “Si con el silencio se presumiera un muy probable perjuicio para el paciente, para otras personas o un perjuicio colectivo (declaración de determinadas enfermedades contagiosas, ciertas enfermedades mentales, estado de salud de las personas al cargo de la “res pública”,...)”.

Se está haciendo referencia en estos casos a enfermedades infecto-contagiosas que pueden poner en peligro la salud pública pues se trata de proteger el interés general por encima del interés individual. En estos casos, el secreto se transmite a otros profesionales de la medicina para que establezcan las medidas de control necesarias para el control de la enfermedad y para evitar su contagio a otras personas. Sin embargo, no se trata de revelar un secreto en sentido amplio sino de transmitir una información a otros profesionales de la medicina para que actúen en beneficio del paciente y la sociedad quedando éstos también vinculados por el deber de secreto<sup>532</sup>.

Por otra parte si en base a la libertad de información la situación se comunica a la población por ser una cuestión de interés general en modo alguno se vulnera el deber de secreto pues en estos casos deberá darse una información disociada (art. 11.6 de la ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal)<sup>533</sup>. Es decir, puede informarse a la población de la existencia de un brote de determinada enfermedad contagiosa (legionela,...), de las medidas de prevención y control que deben tomarse,... sin necesidad de informar de la identidad de las personas que han sido infectadas.

En el caso de que el contagio por parte de un menor pueda poner en peligro la salud de terceras personas, la situación merece un análisis más detenido. Cuando se trata de pequeño menor los padres y familiares que convivan con él deberán ser informados para proteger al menor y para protegerse a sí mismos en casos de peligro de contagio. En relación a grandes menores, el médico no podrá informar a los padres si aquél se opone a ello siempre y cuando se tomen las medidas necesarias para evitar posibles contagios. Especial interés despierta este tema en relación al sida, cuestión que será analizada posteriormente en detalle.

---

<sup>532</sup> ROMEO CASABONA, C. M.-CASTELLANO ARROYO, M.; *Op.Cit.*, pág. 8 y PÉREZ VENEGAS, F.; *Op. Cit.*, págs. 152-153.

<sup>533</sup> CONDE OLASAGASTI, José Luis; "El derecho a la intimidad y las necesidades de la investigación y la evaluación en el ámbito sanitario", en [www.seis.es/informe/2001/PDF/3 Conde.pdf](http://www.seis.es/informe/2001/PDF/3%20Conde.pdf), pág. 62.

3. *Comunicación de datos en caso de interés histórico, cultural, científico o estadísticos.*

El art. 7.1 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 dice que no habrá intromisión ilegítima cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante y el art. 11.2 e) de la ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal dice que no será necesario el consentimiento cuando la cesión se produzca entre administraciones públicas y tenga por finalidad el tratamiento de los datos con fines históricos o científicos. De todo ello hemos de deducir que la ley quiere hacer referencia a un interés general aunque haga una enumeración casuística de intereses pues en todos ellos coincide el carácter de interés público de la información. Por ello, el interés público que se protege debe tener siempre mayor valor que la intimidad que se está desvelando.

Así, es cierto, que cuando dos hermanos están unidos por una parte de sus cuerpos y se presenta el dilema de separarlos o no porque ello comporta el peligro o la seguridad del fallecimiento de uno de ellos se suscita un problema científico y ético de interés público. Pero el interés recae sobre el hecho en sí mismo, no sobre la identidad de los menores por lo que cualquier revelación por parte de los médicos del nombre de los menores o de su imagen supondrá una vulneración del secreto médico. Se trata de nuevo de disociar la información del hecho y la identificación del paciente<sup>534</sup>. El art. 29 del Código Deontológico del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona establece que “El médico no debe permitir la exhibición de actos médicos que hayan sido fotografiados o filmados, fuera del caso en que se considere conveniente a fines educativos o de divulgación científica. Pero si con la presentación de estos documentos, o de la historia médica, se pudiera identificar al paciente, será ineludiblemente necesaria la previa autorización expresa de éste último o de su representante legal si el menor no puede prestar por sí mismo el consentimiento. A pesar de la existencia

---

<sup>534</sup> Art. 11.6 la ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal y MORALES PRATS, F.; *Op. Cit.*, págs. 146-147.



de tal autorización, el médico evitará al máximo que se pudiera identificar a la persona”.

En relación al interés científico que puede suscitar el resultado de determinados tratamientos, intervenciones quirúrgicas,... sobre un menor en el ámbito docente o de publicaciones científicas, cabe hacer la misma reflexión. De esta forma, se explicará el caso pero sin identificar al paciente y en caso de mostrar imágenes deberá esconderse el rostro del mismo. En caso de no ser posible explicar el caso sin mostrar la imagen del paciente menor de edad, el público, necesariamente vinculado a la profesión médica, debería guardar el deber de secreto<sup>535</sup>.

Lo mismo sucederá en el ámbito estadístico donde los médicos pueden negarse a proporcionar el nombre del paciente siendo únicamente necesario entregar los datos necesarios para los fines de la estadística<sup>536</sup>.

#### 4. *La comunicación de datos en el ámbito de la prueba pericial.*

Es posible que en el ámbito judicial, ya sea civil como penal, se solicite al médico un dictamen pericial sobre el menor de edad. Respecto a este tema el art. 31 g) del Código Deontológico del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona establece que el deber de secreto cede cuando el médico “actúe como perito inspector, médico forense, juez instructor o similar” para añadir en su art. 39 que “Cuando el médico sea requerido por la justicia para testificar en relación a un paciente sobre materias que conoce gracias a su profesión, debe hacer saber al juez que éticamente está obligado a guardar secreto profesional y pedirle que le exima de testificar”. Esta imprecisión y aparente contradicción debe entenderse en el sentido de que el médico estará obligado a revelar la información médica del paciente cuando así lo establezca la ley o exista interés general, situación en la que jurídicamente está obligado a informar pese a que éticamente pueda sentirse vinculado por el deber de secreto médico. Cuestión diferente es que no deba

---

<sup>535</sup> ROMEO CASABONA, C. M.-CASTELLANO ARROYO, M.; *Op.Cit.*, pág. 9-10.

<sup>536</sup> Así lo ha entendido la Agencia de Protección de datos en relación a las solicitudes del Instituto Nacional de Estadística como se recoge en MORALES PRATS, F.; *Op. Cit.*, pág. 147.

mantenerse cierto deber de discreción en la revelación de los datos<sup>537</sup> pues se trata, en definitiva, de que haga un juicio de valor en el ámbito penal (determinada personalidad psicópata del menor al que se acusa de haber cometido un delito,...) o civil (conveniencia de que el menor conviva con el padre o con la madre, conveniencia de suspender a los padres de la patria potestad por ser su ejercicio perjudicial para el menor,...) sin necesidad de que revele los datos que pertenecen a la intimidad del menor que le han hecho llegar a unas u otras conclusiones. Se trata de encontrar un equilibrio entre su deber de testificar y el deber de respetar la intimidad del paciente.

### **3. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DEL MENOR Y NUEVAS TECNOLOGÍAS.**

El art. 6 de la ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal dice que es preciso el consentimiento del afectado para el tratamiento de datos. Sin embargo, no será preciso el consentimiento cuando los datos se recojan por la Administración en el ámbito de sus competencias, cuando se refieran a las partes de un contrato y sea necesario para el mantenimiento o cumplimiento del mismo, cuando sea preciso para salvaguardar un interés vital del afectado y cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público, sean indispensables para cumplir el fin del responsable del fichero y no se vulneren los derechos y libertades del afectado.

El consentimiento debe prestarse como regla general de forma inequívoca si bien el tratamiento de datos que revelen ideologías, afiliación sindical, religión, creencias, vida sexual, origen racial o estén referidas a la salud del afectado está especialmente protegido por lo que se exigirá el consentimiento expreso y

---

<sup>537</sup> Sin embargo, a este respecto quizás sea interesante traer a colación el debate doctrinal acerca de si la historia clínica pertenece al paciente. En relación a este tema se ha dicho que en una historia clínica hay que distinguir los datos relativos a la gestión y organización del centro, los datos que identifican al paciente o datos relativos a su enfermedad que directa o indirectamente se han aportado por el paciente o se han deducido por el médico, las anotaciones subjetivas del médico en relación a reacciones y actitudes del paciente y los datos procedentes de exploraciones directas o indirectas en la medida en que comportan un juicio de valor sobre el diagnóstico, pronóstico y prescripción de tratamiento y solamente estos últimos pueden considerarse una creación científica del médico. Precisamente son los datos de pronóstico, diagnóstico, tratamiento y evolución aquéllos sobre los que el médico debe informar en una prueba pericial. Sobre el tema, ROMEO CASABONA, C. M.-CASTELLANO ARROYO, M.; *Op.Cit.*, pág. 14.

escrito<sup>538</sup>. En relación a la cesión de datos personales, el art. 11 de la ley orgánica 15/1999 exige el previo consentimiento de los interesados si bien en relación a los datos personales especialmente protegidos éste deberá ser también expreso y escrito<sup>539</sup>.

Todo ello plantea la cuestión de si los menores de edad tienen capacidad para consentir por sí mismos el tratamiento y cesión de datos personales. Es evidente que el menor es titular del derecho a la intimidad y que puede ejercerlo cuando tenga madurez suficiente pero en la medida en que el tratamiento y cesión de datos personales tiene sus propias reglas de funcionamiento y se mueve en el ámbito de las nuevas tecnologías, es preciso hacer un análisis específico.

Es preciso diferenciar entre el tratamiento de datos personales cuyo fin está exclusiva o principalmente pensado para menores de edad (asociaciones infantiles o juveniles, páginas web que realicen una oferta de juguetes o productos dirigidos a un público infantil o juvenil,...) de aquellos dirigidos al público en general pues las reglas no son exactamente iguales.

En los casos en que el tratamiento de datos se enmarca en una actividad dirigida principalmente a menores de edad, éstos tienen desde los doce años madurez suficiente para consentir al tratamiento de sus datos personales teniendo en cuenta que este tipo de bases de datos están sometidas a una serie de reglas y límites dirigidos a salvaguardar el interés del menor<sup>540</sup>.

---

<sup>538</sup> Aunque el art. 6 de la ley orgánica 15/1999 sólo exige el consentimiento escrito y expreso para los datos que revelen ideología, religión, afiliación o creencias y el consentimiento expreso en relación a datos que revelen la vida sexual y el origen racial, TÉLLEZ AGUILERA, Abel; *Nuevas tecnologías. Intimidad y protección de datos. Estudio sistemático de la ley orgánica 15/1999*, Madrid, 2001, pág. 148-149 entiende que debe exigirse el consentimiento expreso y escrito para cualquier dato personal especialmente protegido.

<sup>539</sup> No lo afirma expresamente el art. 11 de la ley orgánica 15/1999 pero así debe entenderse según TÉLLEZ AGUILERA, A.; *Op. Cit.*, pág. 155 en base a los arts. 7.2 y 7.3 de la citada ley orgánica.

<sup>540</sup> En contra, TÉLLEZ AGUILERA, A.; *Op. Cit.*, pág. 152-153.

En efecto, son aquí aplicables las reglas establecidas en el Código Ético de Protección de Datos Personales en Internet de la Federación Española de Comercio Electrónico y Marketing Directo<sup>541</sup>. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que este tipo de páginas web está dirigido a un público menor de edad por lo que deben adecuar su funcionamiento y sus reglas al hecho de que sus destinatarios no han alcanzado todavía la plena madurez<sup>542</sup>. Además las empresas deben ser especialmente sensibles a la solicitud de padres y tutores de acceder, cancelar y determinar la finalidad de los datos de los menores, animarán a éstos a consultar a sus padres, participarán activamente en cualquier esfuerzo dirigido a informar a los padres sobre cómo proteger a los hijos en su intimidad (información sobre claves de acceso, bloqueo en la comunicación previo aviso,...)<sup>543</sup>, tomarán todas las medidas de seguridad necesarias para proteger los

---

<sup>541</sup> El art. 14 del Código ético de datos personales en internet, que puede consultarse en <http://www.aap.es/data/pdfs/cod0010.pdf>, dice:

*Las previsiones establecidas en este Código que se refieren a la obtención y tratamiento de datos de menores, se entienden referidos a los datos obtenidos a través de las consultas y visitas a las páginas web que ofrezcan productos, servicios e información destinadas, principalmente, a niños menores de dieciocho años.*

<sup>542</sup> El art. 13.1 del Código ético de datos personales en internet dice:

*Para recoger datos o comunicarse On-line con menores, las empresas anunciantes deberán tener en cuenta la edad, el conocimiento y la madurez de su público objetivo.*

En igual sentido el art. 28.1 del Código ético de comercio electrónico y publicidad interactiva (<http://www.confianzaonline.org/codigoetico/codigo.pdf>).

<sup>543</sup> El art. 15 del Código ético de datos personales en internet dice:

*Los anunciantes deberán atender las preocupaciones de los padres sobre la recopilación de los nombres, direcciones y cualquier otra información sobre sus hijos menores.*

*Los anunciantes deberán facilitar la posibilidad de que los padres puedan ejercer los derechos de acceso, cancelación y determinación de la finalidad sobre los datos de sus hijos. La cancelación y determinación de la finalidad podrán ejercerse por medio de un aviso que será conservado por el anunciante y deberá ser respetado siempre.*

*En caso de que el menor conecte con la página del anunciante y solicite que se le remita información o publicidad, en contra del aviso de sus padres, no podrá atenderse dicha solicitud.*

*La contradicción de dicho aviso sólo podrá hacerse por los padres mediante correo no electrónico, de modo que pueda comprobarse la autoría de la nueva comunicación.*

*Los anunciantes deberán animar a los menores para que consulten con sus padres antes de proporcionar datos.*

*Los anunciantes deberán apoyar cualquier esfuerzo que se realice, por parte de otros Organismos para ayudar a informar a los padres sobre cómo proteger On-line la intimidad de sus hijos, incluyendo información sobre herramientas de software y control de acceso para los padres, que impidan que los niños proporcionen su nombre, dirección y otros datos personales.*

El art. 28.2, 3, 6 y 7 del Código ético de comercio electrónico y publicidad interactiva también permite la oposición de los padres, compromete a las empresas a proporcionar información sobre cómo proteger la intimidad de los menores, a apoyar cualquier esfuerzo en este sentido y a alentar a los menores a que obtengan la autorización de sus padres estableciendo mecanismos que aseguren que han obtenido el consentimiento de aquéllos.

datos de los menores<sup>544</sup> y especificarán que los datos se solicitan exclusivamente para los fines comerciales de la empresa de la promoción<sup>545</sup>. Los padres o tutor podrán presentar aviso a los anunciantes para que no se remita información a los menores el cual deberá cumplirse por la empresa y sólo podrá ser dejado sin efecto a través de un correo no electrónico con el fin de confirmar la autoría de los padres o del tutor<sup>546</sup>.

Por otra parte, las empresas sólo podrán recabar los datos y utilizarlos para la finalidad, venta y suministro de sus productos y servicios dirigidos a menores por lo que en ningún caso podrán ceder estos datos a un tercero ni utilizarse en campañas que sean inadecuadas a su edad<sup>547</sup>. Se pretende evitar con ello que los datos de los menores que se han obtenido en un ámbito propio de su edad y con las garantías que ello supone pueda llegar a usarse con fines poco adecuados para el menor. Finalmente, las empresas anunciantes no podrán recabar nunca datos relativos a la situación económica o a la intimidad de otros miembros de la familia del menor<sup>548</sup>.

Hay que hacer especial mención a las asociaciones infantiles o juveniles pues aunque los datos que revelan ideología, afiliación sindical, creencias o

---

<sup>544</sup> El art. 18 del Código ético de datos personales en internet dice:

*Los anunciantes deberán establecer unas medidas de seguridad estrictas para asegurarse contra el acceso, alteración o cesión de datos de menores obtenidos On-line.*

<sup>545</sup> Así lo establece el art. 17 del Código ético de datos personales en internet que dice:

*Las empresas anunciantes también deberán clarificar que la información relativa a menores se solicita exclusivamente para fines comerciales de promoción de los productos y servicios de la empresa anunciante.*

<sup>546</sup> Así lo establece el art. 15.3 y 4 del Código ético de datos personales en internet transcrito *ut supra*.

<sup>547</sup> Así el art. 16 del Código ético de datos personales en internet que dice:

*Además del respeto a la opción de los padres de limitar la recopilación de estos datos On-line, las empresas anunciantes deberán limitar la utilización de datos proporcionados por los menores a la única finalidad de la promoción, venta y suministro de sus productos y servicios dirigidos a menores.*

*En ningún caso podrán cederse los datos relativos a menores, ni utilizarse para campañas que sean inadecuadas para la edad correspondiente al menor.*

En igual sentido el art. 28.1, 4 y 5 del Código ético de comercio electrónico y publicidad interactiva.

<sup>548</sup> Así lo recoge el art. 13.2 del Código ético de datos personales en internet que dice:

*En ningún caso podrán recabarse del menor de edad datos relativos o relacionados con la situación económica o la intimidad de los otros miembros de la familia.*

religión son datos especialmente protegidos cuyo tratamiento requiere consentimiento expreso y escrito, cuando las asociaciones u otras entidades sin ánimo de lucro persigan finalidades políticas, filosóficas, religiosas o sindicales podrán crear ficheros sin estar sometidos al requisito del consentimiento expreso y escrito si bien su cesión sí lo requiere<sup>549</sup>. Encajan perfectamente en esta norma las asociaciones infantiles o juveniles de trasfondo religioso, las agrupaciones políticas infantiles o asociaciones infantiles culturales. Sin embargo, dicha permisión está pensando en ficheros de uso interno de la asociación que dada la falta de ánimo de lucro y su finalidad se presumen no perjudiciales para el menor y en este marco deberá interpretarse la posibilidad del tratamiento de datos personales sin necesidad de consentimiento. Además hay que tener en cuenta que el art. 16 del Código Ético de Protección de Datos Personales en Internet de la Federación Española de Comercio Electrónico y Marketing Directo dice que en ningún caso podrán cederse los datos personales del menor ni destinarse a un uso distinto para el que fueron recabados. Aunque estas normas éticas han sido pensadas para el funcionamiento del tratamiento de datos de menores por empresas que actúan en internet, lo previsto en su art. 16 es perfectamente aplicable a las asociaciones infantiles y juveniles. En consecuencia, se puede entender que estas asociaciones no podrán ceder los datos de los menores y sólo los podrán utilizar para la organización y funcionamiento internos.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 configura como intromisión ilegítima en el derecho al honor, intimidad o imagen del menor la utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación de forma que perjudique su honra o reputación o que sea contraria a su interés incluso si consta el consentimiento de los padres o del propio menor. El precepto debe interpretarse en el sentido de que el uso de cualquier dato o imagen que identifique al menor en medios de comunicación o cualquier otra

---

<sup>549</sup> Así se desprende del art. 7.2 de la ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal que dice:

*Sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias. Se exceptúan los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica religiosa o sindical, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros, sin perjuicio de que la cesión de dichos datos precisará siempre el previo consentimiento del afectado.*

forma de difusión de la información (internet,...) que lesione los bienes jurídicos de la personalidad del menor constituirá una intromisión ilegítima en los derechos del menor incluso si consta el consentimiento de los representantes legales o del propio menor. Por ello, esta previsión debe aplicarse al tratamiento y cesión de datos personales del menor que supongan un perjuicio de su interés por lo que quien realice el tratamiento de datos será responsable del daño ocasionado efectivamente al menor sin que sea posible un pacto de exención de responsabilidad a este respecto<sup>550</sup>. Cualquier disposición dirigida a eximir de responsabilidad o a eliminar la obligación de ofrecer determinadas garantías en aras a la protección del menor serían nulas.

En relación a los tratamientos de datos no vinculados a actividades infantiles o juveniles sino dirigidas al público en general debe hacerse un análisis concreto pues lógicamente su organización y funcionamiento no se adecúa específicamente a la situación del menor de edad. Como regla general creemos que el menor tiene madurez suficiente también a partir de los doce años para consentir acerca del tratamiento y cesión de datos lo cual no quiere decir que no se tengan que tomar una serie de precauciones en aras a su protección<sup>551</sup>. Cabe perfectamente que un menor pueda desde los doce años consentir el tratamiento de sus datos por una asociación ecológica, por un club de fútbol, por una empresa de venta de discos, de venta de ropa juvenil,... Ahora bien, en relación al tratamiento y cesión de datos relativos a la salud del menor, en la medida en que se trata de datos especialmente protegidos cuyo conocimiento por terceros puede ser perjudicial para el menor, creemos que la edad debe hacerse coincidir con la requerida para consentir tratamientos e intervenciones médicas, es decir, a partir

---

<sup>550</sup> GRIMALT SERVERA, Pedro; *La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales*, Granada, 1999, pág. 290 dice que los pactos que limiten la responsabilidad del agente cuando el bien jurídico lesionado sea de la personalidad no son válidos porque el art. 1.3 de la ley orgánica 1/1982 dispone que la renuncia a la protección prevista en la ley es nula y porque serían contrarios al orden público protegidos en los arts. 1255 y 6.2 CC. Además deberíamos añadir en relación al menor que este tipo de pactos serían nulos por contradecir la letra del art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 que es una norma de obligatorio cumplimiento dado su carácter imperativo.

<sup>551</sup> Preferimos establecer unas normas de actuación para los responsables de los ficheros a negar totalmente la posibilidad de consentir al menor de edad como hace TÉLLEZ AGUILERA, A.; *Op. Cit.*, pág.152-153 que exige que el menor esté emancipado para que pueda consentir el tratamiento de datos o su cesión lo cual casa difícilmente con lo previsto en el art. 162.2 CC y 155.2 CF.

de los dieciséis años podrá consentir el menor pero entre los doce y los dieciséis años habrá que estar al caso concreto<sup>552</sup>.

El responsable del fichero podrá optar entre no introducir datos personales de menores en el archivo o hacerlo en cuyo caso deberá tener en cuenta que no podrá utilizar dichos datos con una finalidad que pueda perjudicar el interés del menor de edad<sup>553</sup>. En caso de una utilización no adecuada para los menores deberá extraer sus datos antes de hacer uso de fichero. De lo contrario se estaría vulnerando la norma del art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 que dice que el uso del nombre o la imagen del menor en medios de comunicación o de transmisión de información que vulnere el interés del menor será considerado una intromisión ilegítima aunque conste el consentimiento del menor o de sus representantes legales.

El tratamiento de datos personales y su cesión adquiere unas características especiales cuando se realiza a través de internet. El tratamiento de datos a través de la red agiliza su funcionamiento pero entraña unos riesgos que no existen cuando el consentimiento se presta por otras vías. Piénsese que el tratamiento de datos a través de internet no permite comprobar la identidad de quien presta su consentimiento ni verificar su edad por lo que fácilmente un menor puede mentir acerca de sus edad para acceder a información o imágenes destinadas a adultos. Sería excesivamente gravoso para el responsable del fichero que actúa con diligencia hacerle responsable del perjuicio que se pueda haber causado al menor en base al art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996. Sin embargo, sí debe exigirse al responsable del fichero un deber de colaboración con los padres o tutor en aras a impedir que la lesión del interés del menor vuelva a producirse. Por ello, consideramos aplicables aquí las normas establecidas en el art. 15 del Código Ético de Protección de Datos Personales en Internet de la Federación Española de Comercio Electrónico y Marketing Directo. En efecto, los

---

<sup>552</sup> La capacidad para consentir intervenciones y tratamientos médicos se trata en profundidad en el capítulo dedicado a la integridad física del menor.

<sup>553</sup> Se está pensando en utilizar los datos del menor para hacerle llegar información o imágenes de contenido violento, pornográfico,... que puedan ser contrarias al libre desarrollo de su personalidad. De hecho existen una serie de normas dirigidas a evitar que el menor sea espectador de este tipo de productos.



titulares de las páginas web deben permitir a los padres el acceso y cancelación de los datos de los hijos menores e informarles de cómo proteger la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad de los hijos en el ámbito de internet. Además, los padres o tutores pueden avisar a los responsables del fichero para que no atiendan a las posibles solicitudes de información o publicidad que pueda hacer el menor en un futuro y sólo podrá contradecirse dicho aviso mediante correo no electrónico. En cualquier caso deberán tenerse aquí en cuenta las previsiones de la ley 34/2002 de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que se trata posteriormente en este trabajo, en aras a determinar responsabilidades y medidas que pueden adoptarse.

Finalmente añadir que en todo caso los padres y tutores del menor en tanto que representantes legales podrán autorizar el tratamiento y cesión de datos del menor así como acceder a los ficheros de datos para modificar o cancelar los datos personales del menor cuando consideren que son perjudiciales para él. Ello puede suponer un conflicto entre el menor con madurez suficiente y los padres que deberá solventarse acudiendo a la autoridad judicial para que determine si el tratamiento de los datos del menor en una situación concreta puede perjudicar su interés.

#### **4. PROTECCIÓN DE LOS DATOS SOBRE EL ORIGEN DEL MENOR.**

El art. 46 LRC dice que “La adopción, las modificaciones judiciales de capacidad, las declaraciones de concurso, quiebra o suspensión de pagos, ausencia o fallecimiento, los hechos relativos a la nacionalidad o vecindad y, en general, los demás inscribibles para los que no se establece especialmente que la inscripción se haga en otra Sección del Registro, se inscribirán al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento”. Por tanto, la adopción da lugar a una inscripción marginal en el asiento del nacimiento del adoptado de tal manera que junto a la filiación biológica o la constancia de la falta de determinación de ésta, aparece la filiación adoptiva destinada a tener plenitud de efectos. La superposición de filiaciones puede comportar confusiones o que se de irregularmente publicidad a los datos relativos a la filiación anterior y a la existencia de adopción con lo cual se estaría vulnerando el derecho a la intimidad del menor adoptado.

Estos inconvenientes desaparecerían si la filiación adoptiva fuera objeto de una inscripción principal de nacimiento que reflejara sólo los datos sobrevenidos a la adopción en la cual se hiciera referencia a una inscripción previa de nacimiento y adopción en la que constaría todo el historial jurídico del adoptado. Por ello, la regla primera de la Instrucción de 15 de febrero de 1999 de la Dirección General de Registros y de Notariado<sup>554</sup> dice que “Una vez extendidas en el Registro competente la inscripción principal de nacimiento y la marginal de adopción, si el matrimonio adoptante lo solicita durante la minoría de edad del adoptado, podrá extenderse en el folio que ello corresponda, una nueva inscripción de nacimiento en la que constarán solemnemente, además de los datos del nacimiento y del nacido, las circunstancias personales de los padres adoptivos y la oportuna referencia al matrimonio de éstos” y en la regla segunda se añade que en la nueva inscripción se hará referencia en la casilla destinada a observaciones, exclusivamente, a los datos registrales de la inscripción anterior (libro número, folio número, página número), la cual será cancelada formalmente.

Estas previsiones plantean la duda de si como parece desprenderse de la instrucción sólo pueden solicitarla los adoptantes que hayan contraído matrimonio o también los que formen una pareja estable y los que hayan adoptado individualmente<sup>555</sup> y de si sólo pueden solicitar tal medida los adoptantes o también el adoptado sea mayor o menor de edad.

Respecto de la primera cuestión, creemos que, aunque la Instrucción de 15 de febrero de 1999 dice que será “el matrimonio adoptante” el que solicitará la medida de protección de la intimidad, podrá hacerlo también quien haya adoptado de forma conjunta sin haber contraído matrimonio y quien haya adoptado de forma individual. En primer lugar, porque afirmar lo contrario vulneraría el derecho a la igualdad proclamado en el art. 14 CE pues discriminaría a los adoptantes que no se han casado o hayan adoptado individualmente frente a los que sí han contraído matrimonio pues, en la medida en que todos ellos se encuentran ante la

---

<sup>554</sup> BOE nº 52, de 2 de mayo.

<sup>555</sup> Plantea la duda GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> del Carmen; *Derecho de familia vigente en Cataluña*, Barcelona, 2003, pág. 126.

semejante situación de haber adoptado a un menor, deben ser tratados de igual forma por el ordenamiento. En segundo lugar, debe hacerse notar que la medida de la Instrucción comentada tiene como objetivo proteger la intimidad del menor de edad adoptado para lo cual es irrelevante la situación en que se encuentran los adoptantes por lo que es impensable que no se permita solicitar tal medida de protección de la intimidad del menor por el hecho de que los adoptantes no estén casados o hayan adoptado de forma individual.

En relación a la segunda cuestión, parece que la Instrucción entiende que cuando el adoptado sea menor de edad deberán solicitar la medida de protección sus representantes legales, esto es, los adoptantes, por lo que se excluye la actuación del menor adoptado con madurez suficiente. Sin embargo, creemos que ello no impide que el adoptado solicite tal medida cuando haya alcanzado la mayoría de edad si sus representantes legales no lo han hecho anteriormente.

La regla tercera de la Instrucción dice que se podrán expedir certificaciones literales de la nueva inscripción en favor de cualquier persona con interés en conocer el asiento. En cambio, respecto de la inscripción anterior, la publicidad quedará circunscrita, según la regla cuarta de la Instrucción, a los adoptantes, al adoptado mayor de edad y a los terceros que obtengan una autorización especial. Aunque la Instrucción dice que sólo el adoptado que haya alcanzado la mayoría de edad podrá acceder a la inscripción anterior, hay que tener en cuenta que el art. 129 CF dice que podrá iniciar acciones dirigidas a conocer la filiación biológica el adoptado mayor de edad pero también el adoptado emancipado. Por otra parte, la autorización necesaria para que los terceros tengan acceso a la inscripción anterior la concederá el Juez Encargado del registro cuando el tercero tenga un interés legítimo y demuestre una razón fundada para pedir el acceso según establece el art. 21 *in fine* del RRC.

En definitiva, los datos relativos a la filiación biológica y a la existencia de adopción son datos personales que pertenecen a la intimidad del adoptado por lo que al margen de las medidas de protección que se tomen en el ámbito registral, deberá existir un especial cuidado en el uso de esta información en los medios de comunicación. Buena prueba de ello es la STC 197/1991, de 17 de octubre en la

que se considera que la difusión de la filiación biológica de un menor adoptado y de información relativa al procedimiento de adopción constituye una intromisión ilegítima en el derecho al honor y la intimidad del adoptado.

## **5. INTIMIDAD DEL MENOR Y LIBERTAD DE INFORMACIÓN.**

El derecho a la intimidad entra frecuentemente en conflicto con el derecho a la libertad de información por lo que el Tribunal Constitucional ha establecido una serie de criterios para determinar cuándo debe prevalecer ésta sobre aquél. Así el Alto Tribunal entiende que la libertad de información contribuye a la formación de la opinión pública por lo que primará sobre la intimidad cuando se trate de una información de interés público, veraz y no gratuita<sup>556</sup>.

Sin embargo, el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 dice que existirá intromisión ilegítima en el derecho al honor, la imagen y la intimidad del menor cuando se utilice en medios de comunicación su nombre o su imagen de forma que se menoscabe su honra o reputación o se perjudique su interés incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales. Por tanto, la identificación del menor es esencial en aras a determinar la existencia de una intromisión ilegítima en sus derechos y el consentimiento no siempre legitima la intromisión. Todo ello nos lleva a la idea de que quien ejerce la libertad de información debe actuar con una mayor diligencia en las informaciones relativas a menores pues una información de interés público y veraz o una información consentida seguirán siendo ilegítimas si identifican al menor y le ocasionan un daño objetivo.

Por estas especiales características del conflicto entre derecho a la intimidad y libertad de información así como por la estrecha relación entre intimidad, honor e imagen, se ha decidido dedicar un capítulo específico al conflicto entre estos derechos y la libertad de información<sup>557</sup>.

---

<sup>556</sup> STC 51/1989 de 22 de febrero, 107/1988, de 8 de junio y 105/1990, de 6 de junio entre otras.

<sup>557</sup> Este tema se estudia en detalle en el capítulo 5 de este trabajo.



## CAPÍTULO 4: EL DERECHO AL HONOR DEL MENOR DE EDAD.

*Sumario:* 1. CONCEPTO DE DERECHO AL HONOR.- 2. CONSENTIMIENTO Y DISPONIBILIDAD DEL DERECHO: 2.1. Planteamiento del problema; 2.2. El consentimiento de los representantes legales; 2.3. El consentimiento del menor.- 3. LAS INTROMISIONES EN EL DERECHO AL HONOR DEL MENOR: 3.1. Actos a través de los que se puede vulnerar el derecho; 3.2. Medios por los que se vulnera el derecho; 3.3. Criterios para determinar la existencia de intromisión ilegítima; 3.4. Exigencia de un mayor grado de diligencia en la información relativa a menores.

### 1. CONCEPTO DE DERECHO AL HONOR.

No existe unanimidad en la doctrina acerca de cuál es el concepto de honor y existen varias teorías explicativas del mismo.

Por una parte, la tesis fáctica entiende que el derecho al honor comprende una vertiente objetiva que sería el resultado de la valoración que los demás hacen de uno mismo y una vertiente subjetiva que consistiría en la valoración que cada sujeto hace de sus propias cualidades<sup>558</sup>.

Sin embargo, esta teoría ha recibido numerosas críticas. Por una parte, entender el honor subjetivo como la estima que cada individuo hace de sí mismo equivale a dejar al arbitrio y a la mayor o menor sensibilidad de cada uno el concepto de honor<sup>559</sup>. Por otra parte, la estima social que se tenga de un individuo puede ser inmerecidamente buena o inmerecidamente mala<sup>560</sup>. Además, de esta tesis podría resultar que el derecho al honor de una persona llegara a desaparecer cuando la consideración social de la misma fuera extremadamente

---

<sup>558</sup> Defiende esta tesis DE COSSÍO, Manuel; *Derecho al honor. Técnicas de protección y límites*, Valencia, 1993, pág. 45-46, SALVADOR CODERCH, Pablo; *El mercado de las ideas*, Madrid, 1990, pág. 56 y ss., ROGEL VIDE, C.; *Op. Cit.*, pág. 157, MONTÓN GARCÍA, María Lidón; "Derecho al honor, intimidad y propia imagen: protección civil y su conflicto con las libertades de información y expresión", *La ley*, 1995-1, pág. 875 y CARRILLO, Marc; "Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor", en *Derecho Privado y Constitución*, 1996, nº 10, pág. 98.

También nuestro Tribunal Constitucional ha defendido en ocasiones este concepto de honor pues en ATC 13/1981 de 21 de enero de 1981 sostiene que el honor es "el derecho que toda persona tiene a la propia estimación y a su buen nombre y reputación" y en la STC 223/1992 de 14 de diciembre de 1992 se refiere a la vulneración del honor como un desmerecimiento de la consideración ajena.

<sup>559</sup> Así lo ha señalado VIDAL MARÍN, Tomás; *El derecho al honor y su protección desde la Constitución española*, Madrid, 2000, pág. 50-51 y ESTRADA ALONSO, Eduardo; *El derecho al honor en la ley orgánica 1/1982 de 5 de mayo*, Madrid, 1988, pág. 23.

<sup>560</sup> VIDAL MARÍN, T.; *Op. Cit.*, pág. 50 y MARTÍN MORALES, Ricardo; *El derecho fundamental al honor en la actividad política*, Granada 1994, pág. 30.

negativa<sup>561</sup> como podría darse en el caso de un violador o un asesino en serie o cuando por la ausencia de capacidad natural del sujeto, éste fuera incapaz de tener conciencia de su propia dignidad<sup>562</sup>. Ello sería contrario a la dignidad de la persona del art. 10.1 CE y al derecho a la igualdad del art. 14 CE<sup>563</sup>. Por último, la tesis fáctica puede llevar a contradicciones cuando una persona tiene una alta estima de sí misma y en cambio socialmente no tiene una buena reputación o viceversa<sup>564</sup>.

A raíz de estas críticas surge la teoría normativista que hace derivar el derecho al honor del valor dignidad de tal manera que el honor se configura como el derecho a ser respetado por los demás<sup>565</sup>. De esta forma, al ser la dignidad un valor inherente a la persona, se produce una democratización del derecho al honor dado que se adecúa su concepto a los valores de dignidad del art. 10 CE y al derecho a la igualdad del art. 14 CE.

Sin embargo, tampoco está exenta de críticas esta teoría. En primer lugar, la dignidad es un un concepto altamente abstracto y, por tanto, de difícil aprehensión. Además, si bien es cierto que todos los derechos de la personalidad derivan del valor dignidad y que el derecho al honor está especialmente vinculado a aquélla, no deben confundirse ambos conceptos pues, aunque íntimamente relacionados, son diferentes<sup>566</sup>. Por otra parte, equiparar derecho al honor y dignidad objetiviza el concepto de honor de manera que iguala la protección del honor en toda persona lo cual ciertamente contribuye a superar la crítica que recibía la tesis fáctica como contraria al principio de igualdad. Pero no puede obviarse que el art. 2.1 de la ley orgánica 1/1982 afirma que la protección civil del

---

<sup>561</sup> LÓPEZ DÍAZ, Elvira; *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*, Madrid, 1996, pág. 51, VIDAL MARÍN, T.; *Op. Cit.*, pág. 50, ESTRADA ALONSO, E.; *Op. Cit.*, pág. 23. También en la doctrina italiana se ha planteado esta crítica. Así GARUTTI, Massimo; *Il diritto all'onore e la sua tutela civilistica*, Padua, 1985, pág 11.

<sup>562</sup> GARUTTI, M.; *Op. Cit.*, pág. 11.

<sup>563</sup> LÓPEZ DÍAZ, E.; *Op. Cit.*, pág. 51.

<sup>564</sup> VIDAL MARÍN, T.; *Op. Cit.*, pág. 51 y LÓPEZ DÍAZ, E.; *Op. Cit.*, pág. 51.

<sup>565</sup> ESTRADA ALONSO, E.; *Op. Cit.*, pág. 32-36 y BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa; *El derecho fundamental al honor*, Madrid, 1992, pág. 142.

<sup>566</sup> LÓPEZ DÍAZ, E.; *Op. Cit.*, pág. 53.

honor, la intimidad y la propia imagen quedará delimitada por la ley y los usos sociales conforme a los actos que mantenga para sí el individuo lo cual no es sino una aplicación de la doctrina de los actos propios. Ello significa que, con mayor o menor acierto, la ley orgánica 1/1982 establece que el grado de protección del honor que cada persona merece, no es igual.

Fruto de las insuficiencias de las tesis anteriores han surgido cada vez con más fuerza las llamadas teorías intermedias que son aquéllas que incorporan elementos de las tesis anteriores<sup>567</sup>. El derecho al honor viene configurado por los propios actos en la medida en que éstos son manifestación del propio sentido del honor y que provocan un mayor o menor reconocimiento social del honor del individuo. Es cierto que no todos los sujetos verán igualmente protegido su honor pero no por ello se vulnera el derecho a la igualdad del art. 14 CE porque la igualdad material se consigue dando el mismo trato a situaciones iguales y diferente trato a situaciones desiguales<sup>568</sup> y porque el derecho al honor nunca llegará a desaparecer aunque la propia estima y la reputación social fueran inexistentes pues el contenido esencial del derecho al honor es la dignidad<sup>569</sup>.

---

<sup>567</sup> Así VIDAL MARÍN, T.; *Op. Cit.*, pág. 60-63 sostiene que el derecho al honor es aquel derecho derivado de la dignidad consistente en el derecho a ser respetado por los demás cuya tutela jurídica variará en función de la conducta del sujeto en relación a los valores éticos imperantes en una determinada sociedad, GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; *La degradación del derecho al honor (honor y libertad de información)*, Madrid, 1993, pág. 36 que define el honor como la reputación en conexión con la dignidad de la persona sobre la base de valores ético-sociales de actuación, MARTÍN MORALES, R.; *Op. Cit.*, pág. 30, ROMERO COLOMA, Aurelia M<sup>a</sup>; *Los derechos al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión e información. Problemática procesal*, Barcelona, 1991, pág. 10, MUÑOZ CONDE, Francisco; *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 1996, pág. 239, CUCHI DENIA, Javier Manuel; "La nueva regulación penal del derecho al honor y su incidencia en la libertad de información", en *Revista General del Derecho*, 1998, n<sup>o</sup> 649-650, pág. 12375-12376, O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier; "Personalidad y derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen) del menor, según la ley de protección del menor", en *La ley*, 1996-4, D-239, pág. 1249 y CUCHI DENIA, Javier Manuel; "La libertad de información versus el derecho al honor. ¿De la técnica de la ponderación a la prevalencia de la primera?", en *Revista General del Derecho*, 1996, n<sup>o</sup> 619, pág. 3490-3492.

En la doctrina italiana esta tesis es claramente mayoritaria pues ya DE CUPIS, A.; *Op. Cit.*, Vol. I, pág. 230 la defendía y más recientemente también lo hacen GARUTTI, M.; *Op. Cit.*, pág. 11-12, RIDOLFI, Claudia; *Persona e mass media. La tutela della persona nelle trasmissioni televisive tra autonomia contrattuale e diritti fondamentale*, Padua, 1995, págs. 19-20.

También parece ser ésta la postura que ha defendido últimamente nuestro Tribunal Constitucional pues en la STC 76/1995 de 22 de mayo de 1995 sostiene que existe vulneración del derecho al honor cuando se desmerezca la consideración ajena de la dignidad de la persona.

<sup>568</sup> VIDAL MARÍN, T.; *Op. Cit.*, pág. 62.

<sup>569</sup> BALAGUER CALLEJÓN, M.L.; *Op. Cit.*, pág. 142.



De esta forma, la protección del honor puede variar en función de la propia estima y la reputación social de la que goce cada individuo pero nunca podrá llegar a desaparecer pues toda persona, aquí sí de forma objetiva y uniforme, tiene derecho a que se respete su dignidad<sup>570</sup>. La dignidad sería el contenido esencial del derecho, objetivo e inmutable, mientras que la estima propia y la reputación social serían un elemento subjetivo y variable.

Esta tesis que aquí se defiende es la que se ha recogido en el art. 208 del vigente CP pues establece la existencia de injurias cuando se dan actos contrarios a “la dignidad de otra persona menoscabando su fama o atentando contra su propia estima”.

## **2. CONSENTIMIENTO Y DISPONIBILIDAD DEL DERECHO.**

### **2.1. Planteamiento del problema.**

El art. 1.3 de la ley orgánica 1/1982 establece que el derecho al honor es un derecho irrenunciable, inalienable e imprescriptible por lo que, afirma el precepto, toda renuncia a la protección del mismo será nula lo cual no es sino una manifestación del carácter personalísimo del derecho al honor y de su inherencia en el individuo. Sin embargo, a renglón seguido el art. 2.2 de la citada ley orgánica establece que no existirá intromisión ilegítima en el derecho al honor cuando el titular del mismo hubiera prestado su consentimiento<sup>571</sup>. Esta aparente contradicción ha provocado cierta polémica doctrinal acerca de si el derecho al honor, como el derecho a la imagen y a la intimidad, es disponible y, en consecuencia el consentimiento legitima la intromisión o si, por el contrario, el honor es siempre indisponible y, por tanto, es nulo el consentimiento a cualquier

---

<sup>570</sup> Así, se evita caer en lo que se ha dado en llamar *libel-proof plaintiff*, es decir, considerar que se está ante un demandante a prueba de libelos. Según esta tesis, que goza de cierto predicamento en EUA como explica SALVADOR CODERCH, P.; *¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo*, Madrid, 1987, págs. 45-48, consiste en entender que determinadas personas que no gozan de ninguna consideración social ya no pueden ser dañadas en un honor del que carecen. Lógicamente, aunque la reputación social puede incidir en un mayor o menor ámbito de protección del derecho al honor, nunca puede llegar a hacer desaparecer el derecho por lo que esta tesis en indefendible en nuestro ordenamiento.

<sup>571</sup> Señalan esta contradicción VIDAL MARÍN, T.; *Op. Cit.*, pág. 155, LÓPEZ DÍAZ, E.; *Op. Cit.*, pág. 56, MARTÍN MORALES, R.; *Op. Cit.*, pág. 49, CABEZUELO ARENAS, A.L.; *Op. Cit.*, pág. 140 y ESTRADA ALONSO, E.; *Op. Cit.*, pág. 68-69.

intromisión en el mismo. En realidad, ello no es más que una perspectiva de la discusión sobre si los derechos fundamentales a la imagen, intimidad y honor tienen un haz de facultades patrimoniales además de las estrictamente personales. Si ello se acepta hoy abiertamente en relación al derecho a la imagen<sup>572</sup> y cada vez más respecto del derecho a la intimidad<sup>573</sup>, existen serias reticencias a aceptarlo en relación al derecho al honor.

Así, un importante sector doctrinal sostiene el carácter indisponible del derecho al honor<sup>574</sup> mientras que otro sector defiende una matizada disponibilidad del mismo<sup>575</sup>. La defensa de la disponibilidad o no del derecho al honor está íntimamente conectada a la defensa de una tesis conceptual fáctica o normativa del derecho al honor y a si se considera que el derecho al honor tiene un carácter estrictamente personal o también patrimonial. Así, los partidarios de la tesis normativa entienden que el derecho al honor es indisponible en la medida en que su concepto coincide con el valor dignidad<sup>576</sup>. Si todo derecho fundamental deriva

---

<sup>572</sup> IGARTÚA ARREGUI, F.; *El mercado de las ideas*, cit., pág. 319 y ss, AMAT i LLARI, Eulalia; *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*, cit., pág. 6, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H.; "Negocios jurídicos...", cit., pág. 63, CABEZUELO ARENAS, A.L.; *Op. Cit.*, pág. 147, LÓPEZ DÍAZ, E.; *Op. Cit.*, pág. 59 y en la doctrina italiana RIDOLFI, C.; *Op. Cit.*, pág. 29.

<sup>573</sup> LÓPEZ DÍAZ, E.; *Op. Cit.*, pág. 59, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H.; "Negocios jurídicos...", cit., pág. 63, CABEZUELO ARENAS, A.L.; *Op. Cit.*, pág. 147-148 y RIDOLFI, C.; *Op. Cit.*, pág. 29.

<sup>574</sup> LÓPEZ DÍAZ, E.; *Op. Cit.*, pág. 56-61, ESTRADA ALONSO, E.; *Op. Cit.*, pág. 71-72, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H.; "Negocios jurídicos...", cit., pág. 63 y ROMERO COLOMA, A.M.; *Op. Cit.*, pág. 130-131. En la doctrina italiana GARUTTI, M.; *Op. Cit.*, pág. 24-25.

<sup>575</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; *Honor y libertad de expresión*, Madrid, 1987, pág. 49-52, VIDAL MARÍN, T.; *Op. Cit.*, pág. 165-166, DE COSSÍO, M.; *Op. Cit.*, pág. 63, O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier; "Jurisprudencia reciente sobre los derechos al honor a la intimidad y a la propia imagen", en *Actualidad Civil*, Tomo I, pág. 12, SALVADOR CODERCH, P.; *¿Qué es difamar? Libelo contra la ley del libelo*, cit, pág. 107 y MUÑOZ CONDE, F.; *Derecho Penal. Parte especial*, cit., pág. 243.

En la doctrina italiana RIDOLFI, C.; *Op. Cit.*, pág. 34-36 y DE CUPIS, A.; *Op. Cit.*, Vol. I, pág. 239 que sostiene la disponibilidad del derecho al honor pero nunca a cambio de un precio pues ello supodría contrariar las buenas costumbres.

El Tribunal Supremo ha aceptado la posibilidad de consentir la intromisión en el derecho al honor en STS de 7 de marzo de 1990, STS de 30 de noviembre de 1992 y en STS de 1 de julio de 1992 donde se afirma que "resulta obligado distinguir entre el derecho en sí, que realmente es indisponible, y los diferentes aspectos o manifestaciones del mismo, que pueden ser objeto de disposición y por eso contempla la ley la posibilidad del consentimiento".

<sup>576</sup> CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H.; "Negocios jurídicos...", cit., pág. 63, CABEZUELO ARENAS, A.L.; *Op. Cit.*, pág. 156-157 y 164 y LÓPEZ DÍAZ, E.; *Op. Cit.*, pág. 59.

directamente de la dignidad esta vinculación es mayor en el caso del derecho al honor puesto que no sólo deriva de la dignidad sino que coincide con ella por lo que dado el carácter inherente de dicho valor no puede disponerse de él mediante el consentimiento pues ello sería contrario a la moral y al orden público<sup>577</sup>. La defensa constitucional de la dignidad es una cuestión de interés público por lo que debe primar aquí el interés general por encima del interés particular<sup>578</sup>. Sin embargo, creemos que el interés público no protege a la comunidad como ente global sino que aquél no es más que la suma de intereses particulares de los miembros que forman la sociedad de manera que la búsqueda del interés general no se contrapone al interés individual pues son conceptos interrelacionados. Lo que debe determinarse es si la disposición sobre el propio honor es contraria a la dignidad de cada individuo y así se salvaguardará el interés general.

Por el contrario, los partidarios de las tesis fácticas y de las tesis mixtas del concepto de honor sostienen que, cuando se consiente una intromisión en el derecho al honor, no se hace una abdicación total del mismo sino que el sujeto se desprende simplemente de algunas facultades del derecho quedando el resto del derecho indemne<sup>579</sup> o que el consentimiento a la intromisión no supone una disposición del derecho sino de la expectativa de protección de tal manera que con el consentimiento se renunciaría a la acción pero no al derecho<sup>580</sup>.

---

<sup>577</sup> CABEZUELO ARENAS, A.L.; *Op. Cit.*, pág. 164.

<sup>578</sup> VIDAL MARÍN, T.; *Op. Cit.*, pág. 160.

<sup>579</sup> Así, VIDAL MARÍN, T.; *Op. Cit.*, pág. 165, DE COSSÍO, M.; *Op. Cit.*, pág. 63, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.; "Jurisprudencia reciente...", cit., pág. 12. En la doctrina italiana DE CUPIS, A.; *Op. Cit.*, Vol. I, pág. 239 y RIDOLFI, C.; *Op. Cit.*, pág. 34-36.

En contra, ESTRADA ALONSO, E.; *Op. Cit.*, pág. 71-72 y ROMERO COLOMA, A.M.; *Op. Cit.*, pág. 130 que consideran que la dignidad se tiene o no se tiene por lo que no puede hacerse una disposición parcial del derecho puesto que ello supondría una abdicación total del derecho al honor y, por ende, de la dignidad.

<sup>580</sup> Encabeza esta postura BERDUGO DE A TORRE, J.; *Op. Cit.*, pág. 49-52 y también hace referencia a ella VIDAL MARÍN, T.; *Op. Cit.*, pág. 166. Se alega que, entendida así la disposición, cobra sentido que los delitos de injurias y calumnias sólo sean perseguibles de parte y que, en definitiva, decidir iniciar una acción judicial para que sean indemnizados los daños morales por intromisión en el honor es una decisión individual.

Sin embargo, creemos que no debe confundirse la vulneración del derecho al honor con la acción derivada del daño aunque lógicamente son conceptos íntimamente conectados. Lo que se está tratando de dilucidar aquí es si es posible un consentimiento que legitime la intromisión en el honor y, en consecuencia, la acción no tenga razón de ser porque el daño ha sido legitimado o si,

Se ha defendido aquí una tesis mixta según la cual el honor tiene un núcleo conceptual duro consistente en el respeto a la dignidad que toda persona merece de forma objetiva y uniforme por el hecho de serlo y una zona difusa de protección que, a partir de los actos propios del individuo recae sobre la reputación social y la propia estima. Esta zona variable en la protección del honor es una manifestación del libre desarrollo de la personalidad pues ya no es una cualidad uniforme en todo individuo sino que depende de los propios actos. Cuando se habla de la disponibilidad del derecho al honor se hace referencia a esa zona variable del derecho pero nunca al núcleo duro que ostenta toda persona al margen de la reputación social o la autoestima que tenga porque es inherente al individuo. La zona variable queda afectada por los actos propios y, por tanto, también por el consentimiento prestado a las intromisiones. No es aceptable consentir una intromisión constante y perpetua pues ello equivaldría a la abdicación del derecho pero, en cambio, es perfectamente factible que el individuo consienta intromisiones parciales en su derecho al honor pues ello no es más que una manifestación de su personalidad expresada en los propios actos.

Pese a que la doctrina es reacia a aceptar la patrimonialización del derecho al honor<sup>581</sup>, no puede negarse, al margen de la opinión que ello merezca, que la realización de determinados actos que ponen en entredicho el honor de ciertos personajes públicos ha adquirido en los medios de comunicación un fuerte valor económico. Aceptado ello, el contenido patrimonial siempre recae en la zona

---

por el contrario, no es posible legitimar una intromisión en el derecho al honor ni siquiera a través del consentimiento por lo que siempre cabrá acción para reclamar una indemnización pues el consentimiento es nulo. Lo que no puede aceptarse es que la intromisión sea ilegítima y no exista posibilidad de iniciar una acción para reclamar una indemnización. Cuestión diferente es que, siendo ilegítima la intromisión y existiendo la posibilidad de iniciar acción, se decida no hacerlo.

<sup>581</sup> Ya afirmaba DE CUPIS, A.; *Op. Cit.*, Vol. I, pág. 239 que eran posibles las disposiciones parciales del honor siempre y cuando no se obtuviera una contraprestación económica a cambio pues ello resultaría contrario al orden público. Más recientemente y entre nuestra doctrina, DE COSSÍO, M.; *Op. Cit.*, pág. 63 y LÓPEZ DÍAZ, E.; *Op. Cit.*, pág. 63 también han negado que el derecho al honor tenga un contenido patrimonial partiendo de la idea de que el derecho al honor tiene un mayor rango jerárquico que el derecho a la imagen y a la intimidad que sí tienen un contenido patrimonial. Sin embargo, creemos que, sostener un mayor rango del derecho al honor que el derecho a la intimidad o la imagen, parte de una concepción un tanto trasnochada del honor (aquella según la que una mujer sin honra lo ha perdido todo y a un hombre sin honor no le queda nada) que no tiene ninguna base jurídica pues los tres derechos se califican como derechos de la personalidad por la Exposición de Motivos de la ley orgánica 1/1982 y los tres se declaran como derechos fundamentales por la Constitución.

variable del derecho por lo que, por muchas veces que se preste el consentimiento a determinadas intromisiones en el honor, por muy baja estima que ello provoque en los demás y por muy poco respeto hacia la propia dignidad que ello demuestre, nunca se verá vulnerado el núcleo esencial del derecho al honor, esto es, el respeto a la dignidad que toda persona merece<sup>582</sup>. Por tanto, debe aceptarse la posibilidad de consentir una intromisión en el derecho al honor<sup>583</sup> como establece el art. 2 de la ley orgánica 1/1982 pero siempre en la zona variable del derecho.

En aparente coherencia con lo dicho hasta aquí, el art. 3 de la ley orgánica 1/1982 haciendo una regulación conjunta del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, establece que, cuando el menor tenga suficiente madurez, ejercerá por sí mismo estos derechos, esto es, podrá prestar por sí mismo el consentimiento a la intromisión. En cambio, cuando no existe suficiente capacidad, será el representante legal quien preste el consentimiento previa notificación al Ministerio Fiscal y falta de oposición del mismo. Ello plantea la problemática de si, aceptada la posibilidad de disponer del derecho al honor en la forma explicada, es ésta aceptable en el ámbito del menor de edad<sup>584</sup>. Es decir, por una parte, cabe preguntarse si es posible que los representantes legales dispongan del derecho al honor del menor de edad y por otra, si éste puede prestar válidamente su consentimiento a las intromisiones en su honor siempre que se haga en la forma aquí convenida.

## 2.2. El consentimiento de los representantes legales.

---

<sup>582</sup> Por ello, cuando determinados personajes públicos consienten sistemáticamente intromisiones en su honor están haciendo disposiciones parciales de su honor que disminuyen su reputación social y denotan una baja autoestima pero ello no significa que no tengan un *minimum* de protección de su derecho al honor que toda persona tiene al margen de sus actos.

<sup>583</sup> Es cierto, sin embargo, que es difícil imaginar supuestos en los que se consienta únicamente sobre el derecho al honor y que en ocasiones esa disposición se hace conjuntamente con la disposición del derecho a la intimidad o a la imagen. Ahora bien, es cierto que últimamente se viene observando en determinado tipo de prensa o programas de televisión que, aunque aparentemente se comercia con datos de la vida privada de determinados personajes, en realidad se están vendiendo datos falsos y contradictorios entre sí por lo que no estamos ante, no siendo ciertos los datos supuestamente privados, una disposición del derecho a la intimidad sino del derecho al honor.

<sup>584</sup> Niega esta posibilidad FOLGUERA CRESPO, J.; *Op. Cit.*, pág. 3.

De la literalidad del art. 3.2 de la ley orgánica 1/1982 y de la postura aquí mantenida en relación a la disponibilidad del honor parecería desprenderse la posibilidad de disponer del derecho al honor del menor por los representantes legales. Sin embargo, la cuestión merece una reflexión más detenida por cuanto lo que caracteriza la titularidad de los derechos fundamentales por el menor de edad es que éstos se rigen por determinadas particularidades en relación al régimen jurídico general del derecho en aras a la protección del menor<sup>585</sup>.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que, cuando la representación es ejercida por los padres, ésta forma parte de las facultades inherentes a la patria potestad y, por tanto, deberá ejercerse siempre en beneficio del hijo y de acuerdo con su personalidad (arts. 154 CC y 133.1 CF) y lo mismo sucederá en el caso del tutor que debe actuar siempre en beneficio del tutelado (arts. 216 CC y 167.1 CF) y de acuerdo con su personalidad (art. 167.1 CF).

Ha quedado expuesto que la disposición del honor es posible siempre que no se despoje al honor de su contenido esencial. Ahora bien, el consentimiento a las intromisiones en el derecho al honor tiene como consecuencia una afectación de la consideración social de la persona y manifiesta una determinada concepción de la propia estima. Ello aplicado al ámbito del menor de edad supone que la disposición del derecho al honor por los representantes legales comporta automáticamente una disminución de la zona variable del derecho del menor.

De ello cabe colegir que la disposición del derecho al honor del menor por los representantes legales es contraria a los principios que rigen la patria potestad y la tutela, a saber, la búsqueda del beneficio del menor y el respeto al libre desarrollo de su personalidad o, en otros términos, el interés del menor. En relación a la disminución de la consideración social a raíz de la disposición del

---

<sup>585</sup> Precisamente la ley orgánica 1/1996 nace no como una forma de reconocimiento de los derechos del menor, pues esta función ya se cumplía por la Constitución y los Tratados internacionales que forman parte del ordenamiento español según afirma el art. 10.2 CE, sino como una forma de regular algunas especificidades necesarias para que el derecho quede plenamente garantizado también en los menores de edad. Así en los trabajos parlamentarios de la ley orgánica de protección del menor se hace constar que, si bien los menores son titulares de los derechos fundamentales, en relación a alguno de ellos es conveniente hacer una regulación detallada acorde con las necesidades particulares del menor (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. V Legislatura, 1995, nº 172).

honor hay que decir que no tiene graves consecuencias por cuanto socialmente no se atribuye tal situación a la actuación del menor. Pero la disposición del honor sí tiene consecuencias negativas en cuanto a la disminución de la propia estima del menor. Son deberes de la patria potestad y la tutela velar por el menor y procurarle una formación integral o, en otras palabras, proteger y formar al menor para que paulativamente adquiera una mayor capacidad emocional e intelectual que le permita alcanzar la mayoría de edad de forma responsable e independiente. La patria potestad y la tutela deben fomentar la autonomía del menor<sup>586</sup>. Educar al menor en la creencia de que consentir intromisiones en el propio honor forma parte de una normalidad que deben aceptar puede llevar a éste a no adquirir conciencia de su propia dignidad y, por tanto, a tener una baja autoestima. Por ello, consentir intromisiones en el honor del menor supone un menoscabo del libre desarrollo de la personalidad del menor que se desarrollará en la creencia de que debe soportar con resignación ataques en su dignidad al margen del perjuicio de otros derechos que ello pueda suponer.

En resumen, la disposición del derecho al honor del menor supone un perjuicio para éste por lo que consentir intromisiones en el derecho al honor del menor no responde a los principios que rigen la patria potestad y la tutela en la medida en que resulta contrario al libre desarrollo de la personalidad del menor y a los derechos fundamentales.

Una segunda cuestión a comentar es lo establecido en el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 que considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen cualquier uso de la imagen o del nombre del menor que suponga un menoscabo de su honra o reputación o de su interés “incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales”.

Es evidente que, aunque de la literalidad del precepto pudiera deducirse lo contrario, para averiguar cuando se está ante una intromisión ilegítima en el derecho al honor del menor habrá que estar a la regla general del art. 4.3 de la ley

---

<sup>586</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, A.; *El interés del menor*, cit., pág. 123 y ss. donde afirma que la mejor forma de actuar en beneficio del menor es promoviendo su autonomía como sujeto puesto que así podrá ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y su proyección de futuro.

orgánica 1/1996 pero también a las intromisiones contempladas en la ley orgánica 1/1982 pues no son reglas excluyentes<sup>587</sup>. Existirá intromisión ilegítima siempre que se perjudique el honor del menor o se vulnere su interés, es decir, se vulnere sus bienes jurídicos de la personalidad.

La diferencia entre los supuestos considerados como intromisión ilegítima por la ley orgánica 1/1982 y por la ley orgánica 1/1996 es que en esta segunda se añade la expresión “incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales”. Es decir, atendiendo al art. 3.2 de la ley orgánica 1/1982 las intromisiones en el honor, intimidad y propia imagen pueden quedar legitimadas a través del consentimiento del menor o de sus representantes legales si, en este segundo caso, se notifica previamente el consentimiento al Ministerio Fiscal y éste no manifiesta su oposición al mismo. Sin embargo, la interpretación integrada de esta regla con la del art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 trae como consecuencia que cualquiera que sea la intromisión, ésta no podrá quedar legitimada por el consentimiento si resulta perjudicial para el honor del menor o su interés. Cuando la intromisión es contraria al libre desarrollo de la personalidad del menor o sus derechos fundamentales, aquélla será ilegítima sin que quepa justificarla a través del consentimiento.

El art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 introduce un límite a la excepción de la regla del art. 162.2 CC y el art. 155.2 CF que supone el art. 3.2 de la ley orgánica 1/1982. Los arts. 162.2 CC y 155.2 CF establecen, como se analizó, que la representación legal no es posible en el ámbito de los derechos de la personalidad sede en la que deberá actuar el propio menor cuando tenga madurez suficiente para ello. El art. 3.1 de la ley orgánica 1/1982 no es más que una manifestación concreta de la posibilidad de ejercer los derechos de la personalidad que tiene el menor con madurez suficiente. Pero el art. 3.2 de la ley orgánica 1/1982 supone una excepción a la imposibilidad de que los representantes legales ejerzan los derechos de la personalidad del menor puesto

---

<sup>587</sup> GULLÓN BALLESTEROS, Antonio; “Sobre la Ley de protección jurídica del menor”, en *La Ley*, 1996-1, D-40, pág. 1692. En efecto, mientras que la ley orgánica 1/1996 establece con carácter general que es ilegítima aquella intromisión que perjudique el honor o el interés del menor, en la ley orgánica 1/1982 se hace referencia a supuestos concretos en los que se presume ilegitimidad en la intromisión por cuanto vulnere el bien jurídico honor.



que establece excepcionalmente que los representantes legales podrán prestar su consentimiento a las intromisiones ilegítimas en el honor, intimidad e imagen de los menores que no tengan suficiente capacidad para prestarlo por sí mismos. Ello, que constituía una excepción a la regla general, ha de interpretarse matizado por lo dispuesto en el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 que afirma que el consentimiento de los representantes legales no será válido cuando tenga como consecuencia la vulneración del honor del menor o de su interés. Es decir, con la ley orgánica de protección jurídica del menor se introduce una limitación a la posibilidad de ejercicio de la representación legal en el ámbito del honor, la intimidad y la propia imagen que había sido permitida de forma expresa por la ley orgánica 1/1982.

De la aplicación de estas consideraciones al ámbito concreto del derecho al honor surgen algunas reflexiones. Si la disposición del derecho al honor supone por definición una disminución de la zona variable del derecho por cuanto conlleva una menor consideración social y autoestima, podemos afirmar que el consentimiento a las intromisiones en el derecho al honor del menor son contrarias a su interés. Por ello, respecto del derecho al honor del menor no cabría la legitimación de la intromisión a través del consentimiento de los representantes legales. En otras palabras, no cabe la representación legal en el ámbito del derecho al honor del menor porque ésta es, por definición, contraria al derecho mismo y al interés del menor.

Esta tesis parece avalada por el hecho de que el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 dice que la intromisión será ilegítima pese al consentimiento cuando sea contraria a la honra o reputación del menor o menoscabe su interés. Por tanto, el consentimiento no legitimará la intromisión cuando ello sea contrario al interés del menor, es decir, al libre desarrollo de su personalidad y sus derechos fundamentales pero, se añade, tampoco será válido cuando sea contrario a la honra o reputación del menor, esto es, su derecho al honor<sup>588</sup>.

---

<sup>588</sup> La referencia expresa al menoscabo del honor del menor no es sino la manifestación de la preocupación del legislador por el perjuicio que pueden causar los medios de comunicación social en el menor pues tanto el art. 4.2 y 4.3 de la ley hacen referencia expresa a la intromisión ilegítima realizada por éstos cuando es evidente que la vulneración de los derechos del menor puede producirse en otros ámbitos como internet, la telefonía móvil,... También el legislador catalán hace

Al hacer referencia al menoscabo del derecho al honor como un supuesto concreto de perjuicio del interés del menor la ley presupone que toda intromisión en el honor del menor es contraria al libre desarrollo de su personalidad y que, por tanto, no puede ser legítima ni siquiera cuando consta el consentimiento. A diferencia de lo que sucede con la intimidad y la imagen, el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 se refiere expresamente al menoscabo del honor como supuesto de intromisión ilegítima no justificable a través del consentimiento de los representantes legales por lo que debe entenderse que cualquier disposición del honor del menor es ilegítima<sup>589</sup>.

También nos lleva a esta conclusión el art. 2 de la ley orgánica 1/1996 que establece que dicho texto legal deberá interpretarse conforme al interés superior del menor. De la aplicación de dicho principio cabe colegir la imposibilidad de disponer del derecho al honor del menor por los representantes legales por cuanto ello atenta al libre desarrollo de su personalidad y a sus derechos fundamentales, esto es, al interés superior del menor.

Por todo ello debe concluirse que, si como regla general es posible disponer del honor en determinadas condiciones, ello no es así en el ámbito del derecho al honor del menor donde no entra dentro de las facultades derivadas de la representación legal la posibilidad de consentir intromisiones en el honor del menor por cuanto son éstas esencialmente contrarias a su interés<sup>590</sup>.

---

referencia en el art. 9 LAPIA a la necesidad de proteger al menor de la “difusió d’imatges atemptatòries a llur dignitat”.

<sup>589</sup> Este precepto ha sido criticado por CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L.; “El consentimiento en la ley 1/1982 de 5 de mayo, con especial referencia al prestado por menores e incapaces”, cit., pág. 1839 porque no especifica cuándo ha de entenderse que el consentimiento no es posible. Pues bien, como se desprende de la tesis aquí mantenida, en relación al honor del menor nunca es posible el consentimiento de los representantes legales porque siempre es contrario al interés del menor en la medida en que disminuye la consideración social del menor y, sobre todo, su autoestima.

<sup>590</sup> ESTRADA ALONSO, E.; *Op. Cit.*, pág. 89 y ss y SANTOS MORÓN, M.J.; *Op. Cit.*, pág. 191 que opina que la posibilidad de prestar el consentimiento por los representantes legales no puede aceptarse en el caso del derecho al honor del menor y el incapacitado. Más radical se manifiesta LÓPEZ FRÍAS, ; “El ejercicio de los derechos personalísimos de los enfermos psíquicos”, en *Revista de Derecho Privado*, 1999, abril, pág. 304 donde afirma que los representantes legales del menor o incapacitado no pueden prestar el consentimiento ni en el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen “porque una agresión en estos derechos de la persona nunca podría ser beneficiosa para el pupilo, de forma que no tendría aquella intervención ninguna justificación”. Si

Ahora bien, es evidente que ello plantea un problema de interpretación en relación al art. 3.2 de la ley orgánica 1/1982 según el cual, cuando el menor no tenga madurez suficiente para ejercer por sí mismo sus derechos fundamentales, el consentimiento habrán de prestarlo sus representantes legales previa notificación al Ministerio Fiscal. Es decir, de la letra del precepto parece deducirse que los representantes legales pueden prestar el consentimiento a cualquier intromisión en el derecho al honor del menor si se respeta el procedimiento previsto en la ley.

Sin embargo, tal conclusión debe matizarse pues la ley 1/1982 debe interpretarse de forma integrada con la ley orgánica 1/1996 y en aquello que sean incompatibles deberá primar la ley orgánica 1/1996 por cuanto se trata de una ley de igual rango pero de posterior promulgación y mayor especificidad. Además, la aparente posibilidad de disponer del honor del menor por los representantes legales no es sino fruto de la tantas veces criticada regulación conjunta del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen<sup>591</sup> pues la disposición puede ser posible en determinados actos relativos a la intimidad y la imagen si ello no resulta contrario al interés del menor pero no puede darse respecto del derecho al honor.

Pese a todo ello no creemos que la regla del art. 3.2 de la ley orgánica 1/1982 sea incompatible con la del art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 si se interpreta en el siguiente sentido. En efecto, el art. 3.2 de la ley orgánica 1/1982 establece la necesaria comunicación al Ministerio Fiscal del consentimiento sobre el derecho al honor del menor que pretendan prestar sus representantes legales

---

bien es cierto que atendiendo a lo establecido en el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 el criterio para desestimar la disposición del derecho por los representantes es la vulneración del interés del menor, nos parece que, si bien en el derecho al honor esa vulneración es inherente a la intromisión, no puede decirse lo mismo del derecho a la intimidad ni mucho menos del derecho a la imagen.

<sup>591</sup> ROMERO COLOMA, A.M.; *Los derechos al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión e información. Problemática procesal*, Barcelona, 1991, pág. 122 y ESTRADA ALONSO, E.; *Op. Cit.*, pág. 89.

siendo ello *conditio iuris*<sup>592</sup> de tal manera que el consentimiento no será válido si el Ministerio Fiscal se opone a la disposición del derecho. Para decidir si debe manifestar su oposición o no a la disposición de los derechos al honor, intimidad e imagen el Ministerio Fiscal deberá tener en cuenta si se vulneran los intereses patrimoniales y, sobre todo, personales del menor<sup>593</sup>. Por ello, si los representantes legales trasladan al Ministerio Fiscal la intención de prestar el consentimiento a cualquier intromisión en el derecho al honor del menor de edad, aquél debe oponerse<sup>594</sup> puesto que, como ha quedado expuesto, la disposición del honor del menor supone un perjuicio para éste.

En resumen, la letra del art. 3.2 de la ley orgánica 1/1982 no debe llevar a concluir que los representantes legales pueden consentir intromisiones en el derecho al honor del menor puesto que, aunque ello es formalmente posible, atendiendo a dicho precepto nunca llegará a aplicarse en la práctica pues el seguimiento del procedimiento aquí previsto traerá siempre como consecuencia la oposición del Ministerio Fiscal a la disposición del derecho al honor del menor de edad.

Cuestión diferente sería que se hubiera prestado el consentimiento a una intromisión en la imagen o la intimidad que tuviera unas consecuencias negativas sobre el honor no previsibles *a priori* por lo que, habiéndose notificado el consentimiento al Ministerio Fiscal, éste no se hubiera opuesto<sup>595</sup>. En este caso y,

---

<sup>592</sup> ESTRADA ALONSO, E.; *Op. Cit.*, pág. 90-91, CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L.; *Op. Cit.*, pág. 1838, HERRERO-TEJEDOR, F.; *Op. Cit.*, pág. 223, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.; *Op. Cit.*, pág. 667-668.

<sup>593</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.; *Op. Cit.*, pág.981.

<sup>594</sup> Así, SANTOS MORÓN, M.J.; *Op. Cit.*, pág. 191 y ESTRADA ALONSO, E.; *Op. Cit.*, pág. 89-90 quien de forma muy expresiva afirma que "si parece sorprendente que en ocasiones el representante legal del menor o del incapaz consienta una agresión ilegítima en la intimidad o la imagen de su representado, no cabe imaginar que autorice, amparándose en la Ley, un ataque contra su honor y desde luego lo que está fuera de toda imaginación posible es que el Ministerio Fiscal o, en su caso, el Juez no se opusieran a una posible disposición del honor de un menor o de un incapaz, como podría desprenderse de lo dispuesto en el artículo tercero" pues en realidad, el autor es coherente con su concepto normativo del honor y no acepta su disponibilidad. Aquí se sostiene una tesis intermedia del concepto de honor por lo que se acepta un cierta disponibilidad del mismo pero nunca podrá ser prestado el consentimiento por los representantes legales del menor por cuanto la disposición del menor, a diferencia de lo que sucede con la imagen y la intimidad, siempre es perjudicial para éste.

<sup>595</sup> Se plantea la situación SANTOS MORÓN, M.J.; *Op. Cit.*, pág. 194.

al margen de las posibles responsabilidades que de ello cupiera deducir, estaríamos igualmente ante una intromisión ilegítima por aplicación del art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 aunque formalmente se hubiera cumplido el trámite previsto en la ley orgánica 1/1982.

Sin embargo, lo más frecuente será que la disposición del derecho al honor del menor por los representantes legales se haga prestando el consentimiento pero sin seguir los trámites de garantía previstos en el art. 3.2 de la ley orgánica 1/1982. Aquí lógicamente también debe predicarse la aplicación del art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 y entender que, aunque exista consentimiento de los representantes legales, estamos ante una intromisión ilegítima en el honor del menor por cuanto la disposición siempre supone un perjuicio a su interés. Ahora bien, hay en este caso un factor añadido que debe comentarse porque no se trata sólo de considerar ilegítima la intromisión pese al consentimiento de los representantes sino que éste no se ha prestado conforme a las garantías previstas en el art. 3.2 de la ley orgánica 1/1982 pues no se ha notificado previamente el consentimiento al Ministerio Fiscal. En efecto, en algunos casos los representantes pueden sucumbir ante los beneficios económicos que ofrece el sensacionalismo informativo o la explotación infantil y prestar el consentimiento a la intromisión sin notificarlo al Ministerio Fiscal porque lógicamente éste se opondría al mismo. Fruto de estos actos el menor puede llegar a ser objeto de la curiosidad morbosa del público de tal manera que quede comprometida su evolución y su futuro<sup>596</sup>.

Por ello, en la medida en que la notificación al Ministerio Fiscal es una *conditio iuris*, se ha dicho que la ausencia de notificación supone la nulidad del acto dispositivo<sup>597</sup>. Sería una situación análoga a la intervención en un negocio sin

---

<sup>596</sup> VARELA GARCÍA, C.; *Op. Cit.*, pág. 267.

<sup>597</sup> ESTRADA ALONSO, E.; *Op. Cit.*, pág. 94-95, CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L.; *Op. Cit.*, pág. 1839, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.; *Op. Cit.*, pág. 984, FOLGUERA CRESPO, José; "Protección del menor y libertad de información", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 1993, nº 127, pág. 3 y CREVILLÉN SÁNCHEZ, Clemente; *Derechos de la personalidad. Honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*, Madrid, 1994, pág. 45.

la legitimación necesaria para realizarlo para lo cual prevé el art. 1259 CC la nulidad absoluta. También supondría una aplicación de la regla del art. 6.3 CC según la cual los actos contrarios a las normas imperativas serán nulos de pleno derecho. Puesto que la disposición del honor del menor es un acto contrario a su interés, el representante legal que disponga del mismo prestando su consentimiento a intromisiones está contrariando las normas imperativas de la patria potestad o tutela que establecen el deber de actuar conforme al interés del menor y respetando su personalidad. Por otra parte, el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 dice que la disposición del derecho al honor del menor supone siempre una intromisión ilegítima por lo que el consentimiento a la intromisión, se haya notificado o no al Ministerio Fiscal será nulo. Además, podría entenderse que falta aquí un elemento formal esencial para la validez del consentimiento.

Por otra parte, además de las consecuencias derivadas de la nulidad, la disposición del derecho al honor del menor comportará la obligación de intervenir por parte del Ministerio Fiscal pues según reza el art. 4.2 de la ley orgánica 1/1996 aquel acto sobre el derecho al honor que implique una intromisión ilegítima en la honra o reputación del menor o que sea contrario a su interés comportará la intervención del Ministerio Fiscal que instará de inmediato las medidas oportunas y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados<sup>598</sup>. Ello es una manifestación de lo previsto de forma general en el art. 3.6 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal<sup>599</sup> que establece que éste deberá “tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley” y en el apartado 7 del mismo precepto se insta al Ministerio Fiscal a “Asumir, o en su caso, promover la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de

---

En cambio en la Instrucción 2/1993, de 15 de marzo de la Fiscalía General del Estado se habla de anulabilidad del acto, no de nulidad.

No creemos que tenga relevancia práctica en el ámbito del derecho al honor, como defiende en general para el derecho al honor, intimidad y propia imagen SANTOS MORÓN, M.J.; *Op. Cit.*, pág. 205, la supeditación de la eficacia definitiva de la autorización del consentimiento a la intromisión a una posterior notificación al Ministerio Fiscal pues, como ha quedado expuesto, deberá éste oponerse siempre a la disposición del honor.

<sup>598</sup> Antes de la promulgación de la ley orgánica 1/1996 ya establecía la Instrucción 2/1993 de 15 de marzo la obligación de intervenir por parte del Ministerio Fiscal por aplicación general de los deberes establecido en su Estatuto Orgánico.

<sup>599</sup> Ley 50/1981, de 30 de diciembre.

capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos, así como promover la constitución de organismos tutelares, que las leyes civiles establezcan y formen parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de los menores desvalidos”. Además, en la Instrucción 2/1992, de 13 de febrero de la Fiscalía General del Estado se establece que el Ministerio Fiscal debe hacer “patente en su intervención el carácter garantista de los derechos fundamentales y libertades públicas y, particularmente, tendrán en cuenta la defensa de los intereses del menor y del libre desarrollo de su personalidad”.

Por último, las personas implicadas en la vulneración del derecho al honor del menor deberán soportar las consecuencias que el ordenamiento jurídico prevé al respecto. Se ha afirmado que pueden ser responsables del perjuicio causado al menor los representantes legales, los terceros que se hayan beneficiado de la intromisión en su honor e incluso el Ministerio Fiscal<sup>600</sup>. Así los representantes legales podrán ser privados de la patria potestad o removidos del cargo tutelar cuando la intromisión en el honor tenga entidad y reiteración suficiente como para considerar que con ello se han incumplido los deberes derivados de la potestad (arts. 170 CC y 136 CF) y la tutela (arts. 247 CC y 195 CF)<sup>601</sup>. Al margen de las posibles consecuencias penales, los representantes legales y los terceros que participen en la intromisión deberán indemnizar al menor por los perjuicios que se le hayan causado que se presumen por el solo hecho de la existencia de la intromisión ilegítima<sup>602</sup>. En relación al Ministerio Fiscal la cuestión es ciertamente más delicada y creemos que sólo podrá ser considerado responsable en dos casos. En primer lugar, si la intromisión en el honor del menor se ha producido sin notificación al Ministerio Público pero éste ha tenido conocimiento de la misma

---

<sup>600</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.; *Op. Cit.*, pág. 983-985.

<sup>601</sup> Así sucedería en nuestra opinión en aquellos casos en que los representantes legales han consentido a cambio de remuneración, o sin ella, la utilización de la imagen del menor con fines pornográficos, los abusos sexuales,...con independencia de la consideración de que en estos casos tan graves se vulneran simultáneamente varios derechos del menor.

<sup>602</sup> Creemos más adecuada la aplicación del art. 9 de la ley orgánica 1/1982 también a los representantes legales en lugar de acudir al art. 1902 CC como hace CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.; *Op. Cit.*, pág. 985 porque en la ley orgánica 1/1982 se presume la existencia del daño por la sola existencia de intromisión ilegítima mientras que en el art. 1902 CC el daño debe probarse. La inversión de la carga de la prueba en favor del menor nos parece más adecuada al principio de interpretación más favorable al interés del menor que se recoge en el art. 2 de la ley orgánica 1/1996.

posteriormente y, pese a ello, no ha intervenido como le insta a hacer el art. 4.2 de la ley orgánica 1/1996. Y por otra parte, cuando se ha producido la notificación previa del consentimiento de los representantes legales a la intromisión y el Ministerio Fiscal no se hubiera opuesto a ella con manifiesta negligencia de sus deberes<sup>603</sup>.

### **2.3. El consentimiento del menor.**

La segunda cuestión a dilucidar es si puede un menor de edad llegar a disponer de su derecho al honor. El art. 3.1 de la ley orgánica 1/1982 establece que el consentimiento de los menores o incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten de acuerdo con la legislación civil que establece que los actos relativos a los derechos de la personalidad deberán realizarse por el menor cuando éste tenga suficiente madurez sin que quepa entonces la representación legal (art. 162.2 CC y art. 155.2 CF).

Ahora bien, debe analizarse si, cuando la disposición del honor supone un perjuicio para el menor, puede mantenerse la afirmación del art. 3.1 de la ley orgánica 1/1982 que permite al menor prestar por sí mismo el consentimiento. La clave para encontrar la solución a este problema la encontramos en el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 que establece que existirá intromisión ilegítima cuando se menoscabe el honor del menor o su interés “incluso si consta el consentimiento del menor”. Ello puede interpretarse en el sentido de que existirá intromisión ilegítima cuando el menor haya prestado su consentimiento pese a no tener la madurez adecuada para ello o que incluso teniendo la madurez exigida su consentimiento no legitima la intromisión. El primer supuesto no plantea dudas puesto que es evidente que si el menor no tiene madurez suficiente no podrá prestar válidamente el consentimiento dado que ello deriva de la regla general. Pero el segundo supuesto es más problemático porque plantea la cuestión de si el

---

<sup>603</sup> Se trataría de supuestos extrañísimos en los que se hubiera notificado la disposición del derecho al honor del menor y el Ministerio Fiscal no se hubiera opuesto. No creemos, en cambio, que existiera responsabilidad del Ministerio Fiscal cuando se hubiera notificado el consentimiento sobre disposiciones del derecho a la intimidad o imagen del menor que aparentemente no supusieran un perjuicio pero que tuvieran como consecuencia una intromisión imprevisible en el derecho al honor del menor. Si realmente la vulneración del honor del menor y consiguiente perjuicio de su interés fuera imprevisible, no habría responsabilidad del Ministerio Fiscal por cuanto no se habría producido un incorrecto ejercicio del cargo (art. 60 EOMF).



menor puede tener madurez suficiente para disponer de su derecho al honor y si, teniéndola, puede llegar a ser irrelevante su consentimiento.

Es cierto que puede convenirse que el menor empieza a adquirir paulatinamente conciencia de su dignidad alrededor de los doce años pero de ahí a afirmar que tenga madurez para entender el significado de intromisiones notoriamente contrarias a su honor o para prestar su consentimiento contractual a que se produzca una intromisión remunerada en el mismo hay un largo recorrido<sup>604</sup>. El art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 no deja dudas al respecto y establece que el consentimiento que suponga menoscabo de la honra o reputación del menor o sea contrario a su interés implicará una intromisión ilegítima incluso si consta el consentimiento del menor.

Sin embargo, ello ha sido muy criticado por la doctrina en la medida en que supone interpretar de forma muy restrictiva la capacidad de obrar del menor<sup>605</sup>. Es cierto que el art. 2 *in fine* de la ley orgánica 1/1996 establece que las limitaciones a la capacidad de obrar del menor deberán interpretarse de forma restrictiva y que los arts. 162.2 CC y 155.2 CF establecen que el menor que tenga suficiente madurez podrá ejercer por sí mismo sus derechos de la personalidad por lo que lo dispuesto en el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 es una restricción de la capacidad de obrar del menor. La capacidad de obrar del menor queda

---

<sup>604</sup> Es posible que el menor consienta una intromisión en su derecho al honor o lo que será más frecuente que consienta intromisiones en su intimidad o imagen que resultan contrarias a su honor (supuestos de pornografía,...).

<sup>605</sup> Así SANTOS MORÓN, M.J.; *Op. Cit.*, pág. 193, GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Op. Cit.*, pág. 1692 y RIVERA FERNÁNDEZ; "Anotaciones a la Ley 1/96, de 15 de enero, de protección jurídica del menor", en *Revista General del Derecho*, 1996, nº 621, pág. 6505-6506.

En cambio, PLAZA PENADÈS, Javier; *El derecho al honor y a la libertad de expresión*, Valencia, 1996, pág. 132-133 justifica la irrelevancia del consentimiento cuando se menoscaba el honor o el interés del menor porque considera que éste puede ser objeto con cierta facilidad de manipulación por parte de sus representantes legales o de otros grupos y en ese mismo sentido se expresa la Exposición de Motivos de la ley orgánica 1/1996.

Es interesante la Instrucción 2/1993, de 15 de marzo, de la Fiscalía General del Estado donde se afirma que "constituye preferente preocupación de la Fiscalía General, no ya prefijar topes convencionales que actúen de referente en los supuestos ordinarios, sino impedir que el impacto psicoemocional que pueda sufrir un menor -incluso, de suficiente madurez-, en ciertos casos motivado por la momentánea, artificiosa y efímera atracción hacia una popularidad asentada exclusivamente en el insano figoneo que generan algunos sucesos delictivos".

anulada respecto de aquellos actos contrarios a su derecho al honor o, en general, a sus derechos fundamentales.

Pese a ello, deben hacerse algunas precisiones. Es cierto que las normas limitadoras de la capacidad del menor deben interpretarse de forma restrictiva por lo que el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 deberá entenderse de la forma más favorable posible a la capacidad del menor. Pero ello no significa que no puedan existir normas limitadoras de la capacidad de obrar del menor.

En efecto, el art. 3.1 de la ley orgánica 1/1982 y los arts. 162 CC y 155 CF permiten al menor con suficiente madurez ejercer por sí mismo sus derechos de la personalidad pero la ley 1/1996 tiene rango de ley orgánica y, por tanto, es jerárquicamente superior al CC que tiene rango de ley ordinaria (*lex superior derogat inferior*) y, pese a tener igual rango que la ley orgánica 1/1982 es posterior a ella (*lex posterior derogat prior*) y más específica (*lex specialis derogat generalis*) por cuanto regula concretamente los derechos del menor. Ello significa que, pese a que los tres textos legales están vigentes, debe hacerse una interpretación integrada de los mismos teniendo en cuenta que en la medida en que la ley 1/1996 es orgánica, especial y posterior debe primar sobre las anteriores si en algo es incompatible con ellas.

Así, de igual forma que los arts. 162.2 CC y 155.2 CF establecen que, como regla general, no cabe la representación legal en el ámbito de los derechos de la personalidad y, en cambio, el art. 3.2 de la ley orgánica 1/1982 la permite en relación al honor, intimidad y propia imagen, la ley orgánica 1/1982 y el CC prevé la posibilidad de que el menor con madurez suficiente preste por sí mismo el consentimiento en relación a sus derechos de la personalidad y, en cambio, la ley orgánica 1/1996 afirma que éste será irrelevante si se consiente un acto que menoscabe el honor del menor o su interés<sup>606</sup>.

---

<sup>606</sup> En realidad el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 no hace sino poner de manifiesto la dialéctica existente entre el fomento de la capacidad del menor y la obligación de proteger el libre desarrollo de su personalidad y sus derechos fundamentales.

En conclusión, aunque la regla general es que el menor puede prestar por sí mismo el consentimiento en actos relativos a sus derechos de la personalidad cuando tenga madurez suficiente, ello debe someterse a una regla de protección de los bienes jurídicos de la personalidad que va más allá del régimen jurídico de los derechos subjetivos de la personalidad, a saber: la regla general quebrará cuando el acto para el cual se presta el consentimiento por el menor de edad es contrario a su honor o sus bienes jurídicos de la personalidad. Además no es casual que el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 haga referencia expresa a la vulneración del honor como supuesto de irrelevancia del consentimiento pues de alguna forma el legislador confirma la idea de que las intromisiones en el honor son siempre perjudiciales para el menor.

### **3. LAS INTROMISIONES EN EL DERECHO AL HONOR DEL MENOR.**

Dos son los preceptos legales que deben tenerse en cuenta para el estudio de las intromisiones ilegítimas del derecho al honor del menor. El art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 que dice 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” y el art. 7 de la ley orgánica 1/1982 que en su apartado 3º afirma que es intromisión ilegítima “La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre” y en el 7º que lo es “la imputación de hechos o manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesione la dignidad de la persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”<sup>607</sup>.

El art. 4.3 de la ley orgánica ha sido unánimemente criticado por la doctrina que lo ha tachado de confuso, incompleto y contradictorio<sup>608</sup>. Sin

---

<sup>607</sup> La redacción del art. 7.7 de la ley orgánica 1/1982 fue modificada por la Disposición Final 4ª ley orgánica 1/1995, de 23 de noviembre de aprobación del Código Penal. Su redacción anterior consideraba intromisión ilegítima la “divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena”.

<sup>608</sup>GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Op. Cit.*, pág. 1692, ALONSO PÉREZ, Mariano; “La situación del menor en la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de

embargo, y pese a la innegable defectuosa técnica legislativa, creemos que el precepto tiene la virtud de dar una regla general para determinar cuándo se produce una intromisión ilegítima en el honor del menor mientras que el art. 7. 3 y 7 de la ley orgánica 1/1982 regulan supuestos concretos en los que se presume la intromisión pero no tienen vocación de exhaustividad<sup>609</sup>. Por ello, interesa aquí hacer una interpretación integrada de los citados preceptos para superar las carencias que ambos puedan tener y para aplicar las reglas propias del derecho al honor del menor a los supuestos contemplados con carácter general en el art. 7 de la ley orgánica 1/1982.

### 3.1. Actos a través de los que se puede vulnerar el derecho.

La ley orgánica 1/1982 sostiene que existirá intromisión en el honor cuando se divulguen hechos relativos a la vida privada que menoscaben la reputación del individuo (art. 7.3)<sup>610</sup> o cuando se imputen hechos o se hagan juicios de valor que lesionen la dignidad de la persona (art. 7.7 )<sup>611</sup>, es decir, se recogen supuestos en los que el derecho al honor se vulnera mediante la palabra a través de la cual se revelan hechos o se expresan opiniones. En cambio, el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 dice que las intromisiones también podrán realizarse mediante cualquier utilización de la imagen o del nombre que menoscabe el honor del menor o sea contraria a su interés. Por tanto, la novedad de la ley orgánica de protección jurídica del menor es que afirma que también la imagen y el nombre pueden ser relevantes en la vulneración del derecho al honor del menor.

---

modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras”, en *Actualidad Civil*, 1997-1, marg. 17, ref. II, pág. 27, CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L.; *Op. Cit.*, pág. 1839 y RIVERA FERNÁNDEZ; *Op. Cit.*, pág. 6505.

<sup>609</sup> La doctrina es mayoritaria al afirmar que los supuestos del art. 7 de la ley orgánica 1/1982 constituyen una lista abierta de las posibles intromisiones ilegítimas que pueden sufrir los derechos al honor, la intimidad y la imagen. Así, CABEZUELO ARENAS, A.L.; *Op. Cit.*, pág. 108, DÍEZ-PICAZO, L.-GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Sistema de derecho civil*, cit., vol. I, pág. 360-361, LÓPEZ DÍAZ, E.; *Op. Cit.*, pág. 103 y ss. , CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H.; “Reflexiones sobre los derechos de la personalidad...”, cit., pág. 1243 y ss, VIDAL MARÍN, T.; *Op. Cit.*, pág. 115 y ss. y PLAZA PENADES, Javier; *El derecho al honor y la libertad de expresión*, Valencia, 1996, pág. 132. En contra, HERRERO-TEJEDOR, F.; *Honor, intimidad...*, cit., pág. 170 y ss. y IGARTÚA ARREGUI, Fernando; “La protección del honor y la intimidad. Comentario a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1986”, en *Poder Judicial*, 1987, pág. 96.

<sup>610</sup> Así sucedería cuando, por ejemplo, se revelara que una actriz menor de edad tiene problemas de drogadicción.

<sup>611</sup> Estaríamos ante este supuesto cuando se publicara que un menor de edad es responsable del asesinato de sus padres identificándolo de forma innecesaria o no siendo ciertas las acusaciones.

Una primera cuestión a destacar al respecto es que el derecho al honor del menor no sólo puede quedar vulnerado por la difusión de hechos u opiniones, esto es, a través de la palabra sino también mediante la utilización de imágenes que supongan un menoscabo del derecho<sup>612</sup>.

Por otra parte, la ley orgánica 1/1996 hace referencia a la utilización de la imagen o del nombre porque en ambos casos ello trae como consecuencia la identificación del menor por lo que es posible vincular con él una serie de hechos que vulneran su honor y que de otra forma no podrían atribuírsele. En efecto, la expresión de hecho u opiniones contrarios al honor que no se atribuyen a una persona concreta identificándola no suponen una intromisión ilegítima en el derecho de nadie y una imagen contraria a la dignidad que no permita identificar a quien aparece en ella tampoco lo es. Por ello, la identificación del menor a través del nombre o de su imagen suponen que los hechos, opiniones o imágenes reconocibles que se difunden constituyan una vulneración del honor. En realidad, lo que busca el legislador es proteger al menor de aquellos supuestos en los que la intromisión en el honor puede quedar justificada por la existencia de un interés legítimo en la información<sup>613</sup>. En ocasiones el interés público de una información permitiría difundir determinados hechos o imágenes lo cual, debido a

---

<sup>612</sup> Con toda probabilidad el legislador está pensando en la divulgación de imágenes de contenido pornográfico a través de internet o cualquier otro medio de difusión. Es evidente que la divulgación de imágenes pornográficas del menor atenta contra su intimidad corporal pero también son lesivas de su honor en la medida en que, si bien no suponen un menoscabo de la reputación social del menor por cuanto la sociedad no responsabilizaría de ello al menor, sí disminuye la autoestima de éste. Por tanto, aquí se daría una vulneración conjunta del derecho al honor y la intimidad del menor, entre otros derechos, si interpretamos de forma integrada el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996, utilización de imágenes, y el art. 7.3 de la ley orgánica 1/1982, del ámbito de la vida privada (intimidad corporal). No debe confundirse este supuesto, sin embargo, con la difusión de imágenes de un desnudo del menor con finalidades artísticas (fotografías para un profesional de reconocido prestigio en el mundo del arte consentidas por el propio menor,...) o inocentes (la aparición de un menor sin ropa en un anuncio de pañales,...) pues ello no tiene un contenido pornográfico y no perjudica ni el honor ni el interés del menor.

<sup>613</sup> Imaginemos aquel supuesto en que un menor de edad ha asesinado a sus padres y hermanos como consecuencia de una historia de rol creada por él mismo y que ha querido convertir en realidad. Es evidente que existe un interés general de la sociedad en conocer la noticia dado el interés público de la misma pero revelar la identidad del menor no contribuye a formar la opinión pública sino que, por el contrario, es perjudicial para el menor.

Lo mismo sucedería cuando, tras dismantelar una red de pornografía infantil, se difundieran las imágenes pornográficas de los menores de edad pues aunque existe interés público, la difusión de dichas imágenes sólo contribuye a una actitud morbosa pero no a la libre formación de la opinión pública.

la letra del art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996, sólo estará legitimado si no se identifica al menor vinculado a dicha noticia. Es evidente que para informar sobre un tema de interés general no es preciso revelar la identidad<sup>614</sup> del menor a través de la difusión de su imagen o nombre pues ello no aporta ningún dato relevante y, en cambio, permite el menoscabo de su honor y de su interés. Ésta parece ser la explicación de la vinculación entre la imagen y el nombre del menor con su derecho al honor<sup>615</sup>. De no respetar esta regla, lógicamente se podría vulnerar no sólo el derecho al honor del menor sino también su derecho a la intimidad<sup>616</sup>.

Cabe plantearse si también estamos ante una intromisión ilegítima en el honor del menor cuando no hay divulgación de hechos pero se ha realizado un acto que es en sí mismo atentatorio de la dignidad del menor<sup>617</sup>. Varios motivos nos llevan a considerar que la respuesta debe ser afirmativa cuando el hecho atenta contra la dignidad del menor disminuyendo su autoestima aunque evidentemente puedan quedar afectados con ese acto también otros derechos fundamentales del menor.

Así, el art. 7.7 de la ley orgánica 1/1982 no exige que la imputación de hechos o manifestación de opiniones se difundan sino que basta que éstas supongan la lesión de la dignidad de la persona menoscabando su fama o

---

<sup>614</sup> MORALES PRATS, Fermín; "Derecho a la intimidad versus tratamiento de datos sanitarios", en *Derecho y Salud*, 2001, vol. 9, nº 2, págs. 146-147 que sostiene que no debe confundirse la información con la identificación.

<sup>615</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Op. Cit.*, pág. 1692 expresa su sorpresa ante la relación que establece el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996. Creemos que la prohibición de identificar al menor como una forma de conjugar la libertad de información y el interés del menor explica el fundamento de tal previsión.

<sup>616</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier; "Personalidad y derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen) del menor, según la ley de protección del menor", en *La Ley*, 1996-4, D-239, pág. 1249.

El derecho al honor puede ser vulnerado por la falsedad de los hechos o imágenes difundidos o por la difusión de hechos o imágenes pertenecientes a la vida privada y, por tanto, necesariamente verdaderos, que son además atentatorios del honor. La revelación de la identidad del menor que se vincula a esos hechos, opiniones o imágenes es la que permite vulnerar el derecho al honor de dicho menor y, en su caso, la intimidad.

<sup>617</sup> Se está pensando en la filmación o fotografía de imágenes de contenido pornográfico que, con independencia de su difusión o no, son en sí mismas contrarias a la dignidad del menor de edad..

atentando contra su propia estima<sup>618</sup>. Tampoco exige la difusión de la imagen del menor el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 que habla sólo de su utilización. Por último, cabe tener en cuenta que el art. 7.5 de la ley orgánica 1/1982 establece que existirá intromisión ilegítima en la imagen cuando se produzca la captación, reproducción o publicación de la imagen por fotografías, filmes o cualquier otro procedimiento por lo que entendemos que la simple captación o reproducción de la imagen del menor, sin necesidad de que ésta se difunda, vulnera su honor si el acto en sí tiene, por ejemplo, contenido pornográfico o atenta de alguna forma a la dignidad y propia estima del menor.

### 3.2. Medios por los que se vulnera el derecho.

Por otra parte, en relación a los medios a través de los cuales se puede vulnerar el derecho al honor del menor cabe decir que, aunque el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 se refiere exclusivamente a medios de comunicación, no solamente puede producirse el perjuicio del honor del menor por esta vía. La alusión a los medios de comunicación como única vía de intromisión es resultado de la obsesión del legislador por proteger al menor en aquellos supuestos en que éste se ve involucrado activa o pasivamente en una situación que despierta la curiosidad pública y el sensacionalismo informativo hasta extremos contrarios a su interés<sup>619</sup>. En la medida en que el legislador ha optado por proteger los derechos del menor es lógico que se haga referencia a los medios de comunicación por cuanto por esta vía los datos identificativos vinculados a los

---

<sup>618</sup> En este sentido VIDAL MARÍN, T.; *Op. Cit.*, pág. 123 quien reconoce que en este caso, sin embargo, existiría un evidente problema de prueba.

<sup>619</sup> Hacen referencia al perjuicio que pueden causar en el menor los medios de comunicación, VARELA GARCÍA, Carlos; "Comentarios a la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: principios programáticos y normas de conflicto", en *Actualidad Civil*, 1997-1, ref. XII, pág. 267, RIVERA FERNÁNDEZ, ; *Op. Cit.*, pág. 6505 y FOLGUERA CRESPO, José; "Protección del menor y libertad de información", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 1993, nº 127, pág. 2-3.

De hecho ya antes de que se promulgara la ley orgánica 1/1996, la Fiscalía General del Estado 2/1993, de 15 de marzo decía: "La concentración de los sucesos y su tratamiento periodístico, ha puesto de manifiesto, con mayor virulencia que nunca, la indefensión de los menores y la causación de daños, algunos irreparables, para el desarrollo equilibrado de su personalidad. Tales agresiones, no detectadas probablemente por el menor y por su entorno inmediato, deslumbrados por atravesar el umbral del anonimato, han sido rechazadas por la sociedad que ha recibido consternada la divulgación repetitiva y a veces morbosa de la imagen de quienes carecen de resortes defensivos para intuir, valorar y finalmente protegerse de la manipulación de su identidad y circunstancias familiares".

hechos, opiniones o imágenes contrarios del menor pueden llegar a tener una gran difusión.

Ahora bien, no es ésta la única vía de intromisión en el derecho al honor y, por supuesto, tampoco es la que necesariamente llega a mayor número de personas. Las intromisiones ilegítimas enumeradas por la ley, como se ha dicho *ut supra*, no son *numerus clausus* por lo que debe entenderse que la vulneración del derecho al honor del menor puede producirse a través de otras vías<sup>620</sup> como internet o la telefonía móvil.

En efecto, la red informática se utiliza por redes de pornografía infantil como forma de divulgación de imágenes pornográficas de menores<sup>621</sup>. En relación a ello puede ser de utilidad lo previsto en el art. 8 de la ley 34/2002, de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. La ley es consciente de los riesgos que comportan las nuevas tecnologías<sup>622</sup> y, por ello, establece en su art. 8 que podrán adoptarse las medidas necesarias para que se interrumpa el servicio o se retiren determinados datos del mismo cuando su contenido sea contrario a una serie de principios entre los cuales se encuentra el orden público, el respeto a la dignidad de la persona y la protección de la juventud y de la infancia. Las *webs* que muestren imágenes de menores con contenido pornográfico no respetan los principios antedichos por cuanto suponen una vulneración del derecho a la imagen, a la intimidad corporal y, sobre todo, al honor por lo que podrá interrumpirse su prestación al margen de las consecuencias jurídicas de la intromisión ilegítima en el ámbito penal, civil o de la normativa sectorial.

---

<sup>620</sup> PLAZA PENADÈS, J.; *El derecho al honor y la libertad de expresión*, cit., pág. 132.

<sup>621</sup> Además en internet encontramos foros, chats, webs,... donde se realizan constantemente manifestaciones sobre terceras personas que también pueden ser menores de edad. Pese a ello creemos que la principal forma de lesión del honor del menor a través de internet se está produciendo a través de la difusión de imágenes más que por expresiones injuriosas.

<sup>622</sup> Su Exposición de Motivos dice que “la implantación de Internet y las nuevas tecnologías tropieza con algunas incertidumbres jurídicas, que es preciso aclarar con el establecimiento de un marco jurídico adecuado, que genere en todos los actores intervinientes la confianza necesaria para el empleo de este nuevo medio”.



En relación a la telefonía móvil debe hacerse referencia a la aparición en el mercado de teléfonos móviles con cámara incorporada que facilitan la toma inconsentida de imágenes y la falta de control sobre las imágenes que se envían por lo que el riesgo de lesión del honor a través de este procedimiento aumentará a medida que el uso de este tipo de móviles se normalice<sup>623</sup>. Estos riesgos han llevado a algunos Estados a limitar el acceso de este tipo de móviles en gimnasios, colegios,... o incluso como sucede en Arabia Saudí se ha llegado a prohibir su venta en todo el territorio<sup>624</sup>.

Por otra parte, la publicidad también puede ser un medio de vulneración del honor del menor y de ahí que existan algunos preceptos dirigidos a evitar que tal cosa suceda. Así el art. 38 de la LAPIA establece que está prohibida la aparición de menores en anuncios publicitarios que promuevan la venta de bebidas alcohólicas y tabaco o cualquier anuncio en que aparezcan consumiendo estas sustancias y el art. 16 c) de la ley 25/1994, de 12 de junio de la televisión dice que no se podrá presentar al menor en situaciones peligrosas sin causa justificada en igual sentido que el art. 9 del Código ético sobre publicidad en internet de la Asociación para la autorregulación de la comunicación comercial aprobado en asamblea general ordinaria celebrada el 14 de abril de 1999<sup>625</sup>. Ello tiene un doble fundamento: el primero, no incentivar al menor para que realice actividades que pueden resultar contrarias a su salud, el segundo, evitar difundir una imagen del menor que pueda distorsionar su reputación pública dando una imagen equivocada del mismo.

### **3.3. Criterios para determinar la existencia de intromisión ilegítima.**

Una tercera cuestión que debe analizarse es que el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 dice que existirá intromisión ilegítima siempre que se utilice la imagen o el nombre del menor de forma que “pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses”.

---

<sup>623</sup> *El Periódico*, de 15 de julio del 2003 ya se hace eco de un caso de uso de un teléfono móvil para tomar fotografías de menores desnudos.

<sup>624</sup> *Expansión*, 28 de enero de 2003.

<sup>625</sup> [www.aap.es/data/pdfs/cod0002.pdf](http://www.aap.es/data/pdfs/cod0002.pdf)

Por tanto, la novedad de la ley orgánica 1/1996 es que introduce de forma expresa el interés del menor como criterio para determinar la ilegitimidad de la intromisión en el honor, intimidad y propia imagen el interés del menor, es decir, la protección del libre desarrollo de la personalidad del menor y de sus bienes jurídicos fundamentales<sup>626</sup>. Es cierto que con anterioridad a la promulgación de la ley orgánica 1/1996 podía llegarse a la misma conclusión a partir del art. 3.2 de la ley orgánica 1/1982 pues en la medida en que éste prevé el preceptivo control del Ministerio Fiscal sobre la representación en el ámbito del derecho al honor, intimidad y propia imagen, podía argumentarse que cuando ésta fuera contraria al interés del menor, el Ministerio Fiscal debería oponerse a dicha representación. Lo mismo cabe decir de la llamada a la actuación de los titulares de la patria potestad y la tutela conforme al interés del menor y a su personalidad que hacen los arts. 154 y 216 CC y arts. 133 y 167 CF. Sin embargo, la ley orgánica 1/1996 no deja lugar a dudas y se refiere expresamente al perjuicio del interés del menor como factor determinante de la existencia de intromisión ilegítima<sup>627</sup>. Ello supone por primera vez la introducción de una regla general que nos permite determinar cuando existe intromisión ilegítima en el derecho al honor, intimidad y propia imagen del menor puesto que la ley orgánica 1/1982 se limitaba a enumerar en su art. 7 una serie de supuestos concretos en los que se presumía la intromisión

---

<sup>626</sup> Aunque PLAZA PENADÈS, J.; *El derecho al honor y la libertad de expresión*, cit., pág. 133 sostiene que pueden tenerse en cuenta criterios personales y patrimoniales, creemos que en el ámbito de las intromisiones ilegítimas en los citados derechos fundamentales la ley está haciendo referencia básicamente a criterios personales. Ello sin perjuicio de que, lógicamente, el elemento patrimonial pueda tenerse en cuenta a otros efectos como la valoración del Ministerio Fiscal en relación a la oposición o no a la prestación del consentimiento de los representantes legales en contratos sobre la imagen que impliquen la realización de una prestación personal.

<sup>627</sup> Sin embargo, la STS de 26 de marzo de 2003 entendió que la entrevista a un menor acerca de las agresiones por otros jóvenes que había sufrido y de una muy complicada situación familiar no suponían un perjuicio a su honor, su intimidad o su imagen. No nos parece del todo adecuada la solución por cuanto, como se dice en la sentencia, el menor sufría cierto retraso en su desarrollo y tenía un historial familiar y personal complicado por lo que no era claro que tuviera madurez suficiente para consentir. Pero es que, aún en el caso de considerar que el menor sí tenía madurez para consentir, hay que tener en cuenta que la ley orgánica 1/1996 establece que, cuando la intromisión supone un perjuicio para el honor o el interés del menor, esto es, el libre desarrollo de su personalidad, estaremos ante una intromisión ilegítima incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales. Es cierto que los hechos sucedieron en 1995 por lo que no estaba en vigor la ley orgánica 1/1996 pero no lo es menos que en el momento de dictar sentencia sí lo estaba y el tribunal debería haberse inspirado en los criterios de la ley para resolver, máxime porque, aunque el art. 4.3 de la ley orgánica hace referencia expresa al perjuicio del interés del menor para determinar la ilegitimidad de la intromisión, ello ya podía derivarse de la legislación anterior de forma indirecta.

ilegítima. Por ello, el ámbito de aplicación del art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 incluye el de los supuestos del art. 7 de la ley orgánica 1/1982 pero es más amplio que el de éste.

Por otra parte, cuando el precepto habla de menoscabo de la honra o reputación, no hace sino referirse con una terminología un tanto anacrónica<sup>628</sup> y extrajurídica al derecho al honor. Debe entenderse que hay intromisión ilegítima en el honor del menor cuando se perjudique su dignidad menoscabando su reputación social o disminuyendo su propia estima.

Además, parece que debe entenderse que existirá intromisión ilegítima siempre que se vulnere el honor o, en otras palabras, cuando se perjudique el honor del menor estaremos indefectiblemente ante una intromisión no legitimada. Así parece indicarlo el hecho de que el legislador hable de vulneración del honor como un supuesto de intromisión independiente de la regla general que dice que habrá intromisión ilegítima cuando se vulnere el interés del menor, esto es, el libre desarrollo de su personalidad o sus bienes jurídicos fundamentales. En efecto, cuando existe una lesión del honor en el menor siempre hay intromisión ilegítima porque aquélla siempre supone un perjuicio del interés del menor. Por otra parte, del art. 4.3 *in fine* de la ley orgánica 1/1996 se desprende que no estará justificada la intromisión ni siquiera cuando exista consentimiento del menor o de sus representantes legales porque la ley presume que la lesión del honor del menor siempre es contraria a su interés.

### **3.4. Exigencia de un mayor grado de diligencia en la información relativa a menores.**

Pese a que la doctrina se planteó que a la luz de la ley orgánica 1/1982 era posible defender la responsabilidad objetiva de los medios de comunicación

---

<sup>628</sup> ALONSO PÉREZ, M.; *Op. Cit.*, pág. 27 que dice que la palabra honra fue suprimida del Código Civil porque se le atribuían “connotaciones discriminatorias y calderonianas” por lo que es criticable, afirma el autor, que ahora la introduzca de nuevo la ley orgánica 1/1996.

Es posible, sin embargo, que la referencia a la honra y reputación sea resultado de la influencia del art. 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 que también se expresa en estos términos.

cuando mediante el ejercicio de la libertad de información se producía una intromisión en el honor de las personas<sup>629</sup>, ello ha quedado superado a raíz de los criterios de ponderación elaborados por el Tribunal Constitucional<sup>630</sup>. En efecto, el Tribunal Constitucional considera que debe primar la libertad de información, aunque se vulnere el derecho al honor, si los hechos difundidos tienen interés público y la veracidad de los mismos ha sido contrastada de forma diligente<sup>631</sup>.

Sin embargo, quizás ello deba revisarse en base a lo dispuesto en el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 en relación al derecho al honor del menor de edad. Este precepto afirma que cuando los medios de comunicación utilicen el nombre o la imagen del menor de forma que se vulnere su honor o se perjudique su interés, existirá intromisión ilegítima incluso si consta el consentimiento del menor o sus representantes legales.

De la referencia al nombre y la imagen se ha deducido que el legislador pretende proteger la identidad del menor incluso cuando la información debe primar porque es veraz y de interés público para que ésta no pueda relacionarse con el menor. En otras palabras, cuando se trata del honor del menor de edad, no basta la existencia del interés general como causa de legitimación de la intromisión como sucede con carácter general por aplicación del art. 8.1 de la ley orgánica 1/1982 y no basta la actuación diligente en la comprobación de la veracidad de la información relativa a un menor para eximir de responsabilidad al informador. Cuando se difunda una información veraz y de interés público deberá además guardarse el anonimato del menor de edad implicado en la información. De lo contrario, existirá intromisión ilegítima.

---

<sup>629</sup> Así, MUÑOZ MACHADO, S; *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Barcelona, 1987, pág. 54 y SALVADOR CODERCH, P.; *¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo*, cit., pág. 52 y ss que aconseja la aplicación del sistema de responsabilidad subjetiva tradicional en el Derecho civil por cuanto lo contrario puede suponer un menoscabo de la libertad de información puesto que “la responsabilidad objetiva restringe los flujos de información en mayor medida que la responsabilidad culposa”.

<sup>630</sup> Así lo reconoce posteriormente el mismo SALVADOR CODERCH, P.; *El mercado de las ideas*, cit., pág. 247 y ss.

<sup>631</sup> Ver epígrafe sobre el conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor.

Pero tampoco legitima la intromisión en el honor del menor la existencia de consentimiento del propio menor o de sus representantes legales por lo que parece que el legislador pretende impedir que pueda legitimarse la intromisión en el honor del menor. Por ello, la existencia de consentimiento no eximirá al informador del deber de analizar diligentemente si con la difusión de datos o imágenes se vulnera el derecho al honor del menor.

En conclusión, existe una tendencia a negar cualquier causa de legitimación de las intromisiones en el honor del menor y, en consecuencia, hay un acercamiento a la responsabilidad objetiva de quien difunde una información que supone una intromisión ilegítima en el honor del menor puesto que se exige un mayor grado de diligencia que en informaciones relativas a adultos pues la diligencia no alcanza sólo a la veracidad de la información sino también a la no identificación del menor. Aún así creemos que si el informador ha comprobado de forma diligente la información de interés público y de forma diligente ha intentado ocultar la identidad del menor no sería responsable si posteriormente por circunstancias ajenas a él se descubre la identidad del menor con el consiguiente menoscabo de su honor por lo que en puridad de conceptos no puede hablarse de responsabilidad objetiva aunque sí de la exigencia de un mayor grado de diligencia.

## **CAPÍTULO 5: CONFLICTO ENTRE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y EL DERECHO AL HONOR, LA INTIMIDAD Y LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR DE EDAD.**

*Sumario:* 1. LA PROTECCIÓN DE LA JUVENTUD Y LA INFANCIA COMO LÍMITE A LAS LIBERTADES DE INFORMACIÓN Y EXPRESIÓN.- 2. LA INFORMACIÓN SOBRE EL MENOR DELINCUENTE.- 3. MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y MENORES.- 4. CRITERIOS DE PONDERACIÓN EN LA INFORMACIÓN RELATIVA A MENORES DE EDAD.- 5. EL CONSENTIMIENTO EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN.- 6. LA STC 197/1991 DE 17 DE OCTUBRE DE 1991.- 7. INTERNET Y MENOR DE EDAD.

### **1. LA PROTECCIÓN DE LA JUVENTUD Y LA INFANCIA COMO LÍMITE A LAS LIBERTADES DE INFORMACIÓN Y EXPRESIÓN.**

El art. 20.4 CE dice que las libertades de información y expresión “tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

No es casual que el citado precepto constitucional aluda expresamente a los derechos al honor, intimidad y propia imagen como límites a las libertades de información y expresión pues es relativamente frecuente que a través del ejercicio de estas libertades se vulneren aquellos derechos de la personalidad por lo que se hace necesario dilucidar cuál de los derechos fundamentales debe primar o, en otras palabras, cuándo la intromisión en los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen es legítima.

Se observa al respecto una evolución en el Tribunal Constitucional tendente a dar cada vez mayor primacía a las libertades de expresión e información por encima del derecho al honor<sup>632</sup>. Así, si en un primer momento el Tribunal Constitucional entendió que cuando las libertades de información o expresión dañaran el derecho al honor debía primar sistemáticamente la

---

<sup>632</sup> Sobre este tema, GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; *La degradación del derecho al honor (honor y libertad de información)*, Madrid, 1993, pág. 37 y ss, LLAMAZARES CALZADILLA, M<sup>a</sup> Cruz; *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Madrid, 1999, pág. 275 y ss., LÓPEZ DÍAZ, E.; *Op. Cit.*, pág. 156-157, VIDAL MARÍN, T., *Op. Cit.*, pág. 343 y ss. y CUCHI DENIA, Javier Manuel; “La libertad de información versus el derecho al honor. ¿De la técnica de la ponderación a la prevalencia de la primera?”, cit., págs. 3494 y ss.

protección a este segundo por cuanto constituía un límite externo de aquéllas<sup>633</sup>, en una segunda etapa<sup>634</sup> se consideró que las libertades consagradas en el art. 20 CE garantizaban la formación de una opinión pública libre, institución política fundamental ligada al pluralismo político, por lo que cuando mediante el ejercicio de las libertades de información y expresión se vulneraba el derecho al honor se producía un conflicto de derechos de igual rango y naturaleza que impedía afirmar *a priori* la prevalencia de ninguno de ellos siendo preciso en ese caso acudir a la técnica de la ponderación de derechos<sup>635</sup>.

Pero, debido a la inseguridad que provocaba la abstracción y vaguedad de la técnica de la ponderación de derechos, se evolucionó a una tercera fase<sup>636</sup>, en la que nos encontramos y donde se considera que dado que las libertades del art. 20 CE constituyen una garantía institucional<sup>637</sup> del pluralismo, deben tener una posición prevalente aunque no de forma absoluta pues es preciso que contribuyan a formar la opinión pública<sup>638</sup>. Para que prevalezcan las libertades del art. 20 CE es necesario que lo difundido tenga interés público y no sea gratuito y, en el caso de la libertad de información además es preciso que sea veraz<sup>639</sup>. Si esto sucede

---

<sup>633</sup> Así, la STC 120/1983, de 15 de diciembre.

<sup>634</sup> Este periodo tiene como punto de inflexión la STC 104/1986 de 17 de julio en la que se dice que “cuando el ejercicio de la libertad de opinión (artículo 20.1 a) y/o de la libertad de comunicar información por cualquier medio de difusión (art. 20.1 d) resulte afectado el derecho al honor de alguien, nos encontraremos ante un conflicto de derechos ambos de rango fundamental, lo que significa que no necesariamente y en todo caso tal afectación del derecho al honor haya de prevalecer respecto al ejercicio que se haya hecho de aquellas libertades, sino que se impone una necesaria y casuística ponderación entre uno y otras”. En sentido similar, la STC 107/1988, de 8 de junio.

<sup>635</sup> Como señala VIDAL MARÍN, T.; *Op. Cit.*, pág. 347, la ponderación consistirá en aquel procedimiento por el cual se valoran las circunstancias que concurren en cada caso concreto para precisar cuál de los derechos en conflicto debe prevalecer.

<sup>636</sup> STC 159/1986, de 12 de diciembre, STC 51/1989, de 22 de febrero.

<sup>637</sup> LLAMAZARES CALZADILLA, M.C.; *Op. Cit.*, pág. 273, MARTÍN MORALES, R.; *El derecho fundamental al honor en la actividad política*, cit., pág. 66 y GERPE LANDÍN, Manuel-FERNÁNDEZ DE FRUTOS, Marta- MATEU VILASECA- RODRÍGUEZ SANTAMARÍA, M<sup>a</sup> José-VALLÈS VIVES, Francesc; “El conflicte entre la llibertat d’informació i el dret a l’honor en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1997, nº 2-3, pág. 433.

<sup>638</sup> VIDAL MARÍN, T.; *Op. Cit.*, pág. 352, LLAMAZARES CALZADILLA, M.C.; *Op. Cit.*, pág. 274 y CUCHI DENIA, J.M.; *Op. Cit.*, pág. 3497.

<sup>639</sup> No hay que olvidar que libertad de información y de expresión, aunque íntimamente conectadas, no son lo mismo pues mientras la libertad de información versa sobre hechos que pueden y deben someterse al criterio de la veracidad, la libertad de expresión tiene por objeto

está legitimada la intromisión en los derechos al honor, intimidad y propia imagen a través del ejercicio de la libertad de expresión y de información.

Sin embargo, estos criterios, que son aplicables en general cuando las libertades de información y expresión entran en colisión con el derecho al honor, la intimidad o la propia imagen, no son suficientes para dilucidar si la intromisión en el derecho al honor es legítima o no cuando se trata del honor, la intimidad o la imagen de un menor de edad. El art. 20.4 CE recoge como límites a las libertades del art. 20 CE no sólo el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen sino cualquier derecho fundamental y *la protección de la juventud y la infancia*.

Por ello, si bien es cierto que el menor de edad, como toda persona, es titular de los derechos fundamentales<sup>640</sup>, no lo es menos que la protección de los derechos del menor merece una protección específica en atención a que su personalidad todavía se está formando. Existe una preocupación constante en el legislador por proteger al menor de los perjuicios que le pueda causar el ejercicio de la libertad de información o de opinión. Y manifestación de ello son la limitación de las mismas que hace mediante la llamada a la protección de la infancia y la juventud en el art. 20.4 CE y la calificación de ilegítimas que hace en el art. 4.3 LO 1/1996 de las intromisiones que realicen los medios de comunicación y que supongan un perjuicio del honor del menor o de su interés.

El art. 5.2 de la Ley Fundamental de Bonn dice refiriéndose a la libertad de opinión e información: “Estos derechos tienen sus límites en las disposiciones de las leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas *para la protección de la juventud y en el derecho al honor personal*”. Es evidente la influencia que tuvo este precepto de la Constitución alemana en la redacción del art. 20.4 de la

---

pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor subjetivos que no se prestan a una demostración de su exactitud. Así, LLAMAZARES CALZADILLA, M.C.; *Op. Cit.*, pág. 287 y 300, RUBIDO DE LA TORRE, José Luis; “Libertad de información: diligencia del periodista, veracidad y derecho al honor. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1996, de 16 de enero, sobre protección del derecho al honor. La libertad de información y sus limitaciones”, en *Revista General del Derecho*, 1996, nº 627, pág. 12953, MARTÍN MORALES, R.; *Op. Cit.*, pág. 72 y el Tribunal Constitucional en STC 107/1988 de 8 de junio, STC 105/1990, de 6 de junio y STC 172/1990, de 12 de noviembre.

<sup>640</sup> Así lo hace notar GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Op. Cit.*, pág. 1691-1692 para quien el art. 4 de la ley orgánica 1/1996 que recoge el derecho al honor, a la intimidad y a la imagen del menor no hace más que repetir algo obvio: que el menor tiene esos derechos.



Constitución española. El constituyente español fue, sin embargo, más prolijo en la regulación de los límites a las libertades de información y opinión pues donde la Ley Fundamental de Bonn protege a la juventud y el derecho al honor, la Constitución española tutela la juventud y la infancia, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen y todos los derechos del Título primero.

Existe una relación de inclusión en los límites a las libertades de información y opinión que establece el art. 20.4 CE pues todos los derechos fundamentales constituyen un límite a estas libertades y, entre ellos, de especial forma, el honor, la intimidad y la imagen y respecto de todos ellos especialmente los del menor por lo que de alguna forma los derechos fundamentales del menor están protegidos desde una triple perspectiva. Los derechos del menor y, en especial, sus derechos al honor, intimidad y propia imagen limitan las libertades de información y expresión. La protección de la infancia y la juventud, esto es, del menor supone la especial protección de su honor, intimidad y propia imagen así como del resto de sus derechos fundamentales.

Esta relación de inclusión en relación a los límites del art. 20.4 CE es clave para entender el significado que debe atribuirse a la expresión “protección de la juventud y de la infancia”. Esta expresión hace referencia a lo que en terminología jurídica se denomina interés del menor, esto es, al respeto, protección y fomento de los derechos fundamentales del menor. El fundamento de la protección del menor como límite de las libertades del art. 20 CE es la protección de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad pues son fundamentos del orden político y la paz social según reza el art. 10.1 CE y contribuyen a la formación libre de la conciencia del menor dentro del pluralismo democrático<sup>641</sup>. Por ello, el ejercicio de las libertades de información y expresión deberá respetar los derechos del menor lo cual, en la medida en que éste está formando su personalidad todavía, supone por parte de los medios un grado de prudencia mayor que en relación a los mayores de edad.

---

<sup>641</sup> LLAMAZARES CALZADILLA, M.C.; *Op. Cit.*, pág. 257.

Es constante la preocupación del legislador respecto de los perjuicios que puede causar en el menor de edad el ejercicio de las libertades de información y expresión<sup>642</sup>. Así debe interpretarse la referencia del art. 20.4 CE a la protección de la juventud y de la infancia, es decir, la protección de los derechos fundamentales del menor y, en especial de sus derechos al honor, la intimidad y la imagen. En términos similares se expresa el art. 4.3 LO 1/1996 que considera que hay intromisión ilegítima en el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen del menor cuando se utiliza “su imagen o su nombre en los medios de comunicación” de forma que se produzca “menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses”. En ambos casos, por tanto, se pone en relación la libertad de información y opinión y la protección de los derechos fundamentales del menor, en especial del derecho al honor, la intimidad y la imagen<sup>643</sup>. En realidad, el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 es una concreción del art. 20.4 CE<sup>644</sup> pues mientras que el precepto constitucional afirma genéricamente que la protección de la juventud y la infancia constituye un límite a la libertad de expresión e información, la ley orgánica de protección jurídica del menor desarrolla la forma en que ese límite actúa.

Tradicionalmente se ha vinculado la protección del menor en el ámbito de los medios de comunicación con la moralidad y la sexualidad<sup>645</sup> pero ello debe ser

---

<sup>642</sup> Ya en la Exposición de Motivos de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor se dice que “con el fin de reforzar los mecanismos de garantía previstos en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, se prohíbe la difusión de datos o imágenes referidos a menores de edad en los medios de comunicación cuando sea contrario a su interés, incluso cuando conste el consentimiento del menor. Con ello se pretende proteger al menor, que puede ser objeto de manipulación incluso por sus propios representantes legales o grupos en que se mueve”. GULLÓN BALLESTEROS, A., *Op. Cit.*, pág. 1691 afirma que da la impresión de que el legislador “quiere salir al paso de los escándalos revelados en los medios de información en los que se han visto involucrados menores” pues añade que “no se explica de otra manera alguno de los preceptos legales, aparte del deseo de potenciar el ámbito de actuación de los poderes públicos”.

<sup>643</sup> En este caso, el art. 4.3 LO 1/1996 es más cercano al art. 5.2 de la Ley Fundamental de Bonn por cuanto hace referencia al derecho al honor y no a la intimidad y la imagen como hace el art. 20.4 CE. Pese a ello, debe entenderse que también el derecho a la intimidad y la imagen del menor limitan la actuación de los medios de comunicación puesto que quedan incluidos en la referencia al interés del menor que hace el art. 4.3 LO 1/1996.

<sup>644</sup> PLAZA PENADÉS, Javier; *El derecho al honor y la libertad de expresión*, Valencia, 1996, pág. 132.

objeto de comentario. Es innegable que existe una vinculación entre la moral pública, la protección del menor y el ejercicio de las libertades de información y expresión. Así, el Tribunal Constitucional ha afirmado que “a partir del artículo 20.4 de la Constitución y del artículo 10.2 del Convenio de Roma, el legislador puede fijar restricciones o límites del derecho, entre otras finalidades, para la protección de la moral<sup>646</sup>, dentro de la cual se comprende muy señaladamente - hasta el punto de que la Constitución alude expresamente a ello- la protección de la juventud y de la infancia” y añade que “partiendo del artículo 20.4 de la Constitución y de la legislación postconstitucional como es la Ley 1/1982, de 24 de febrero, que la pornografía no constituye para el ordenamiento jurídico vigente, siempre y en todos los casos un ataque contra la moral pública en cuanto *minimum* ético acogido por el Derecho, sino que la vulneración de ese *minimum* exige valorar las circunstancias concurrentes y, entre ellas, muy especialmente tratándose de publicaciones, la forma de la publicidad y de la distribución, los destinatarios -menores o no- e incluso si las fotografías contrarias a la moral son o no de menores, y el texto en la parte que se califique así trate de actuaciones o no de menores -aunque no lo sean exclusivamente- y cuando éstos son sujeto pasivo y objeto de las fotografías y texto, el ataque a la moral pública, y por supuesto a la debida protección a la juventud y a la infancia, cobra una intensidad superior<sup>647</sup>. Por tanto, la moral pública es un factor a considerar respecto de la protección del menor en el ámbito de la información<sup>648</sup>.

---

<sup>645</sup> Así lo ha hecho AGUILERA FERNÁNDEZ, Antonio; *La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa o información (Posibilidades y límites constitucionales)*, Granada, 1990, pág. 53-54 que sostiene que, cuando se habla de protección de la juventud, lo que en realidad se tutela es el bien jurídico de la moral pública que se materializa en la dosificación del nivel y calidad de las informaciones para evitar un contenido violento, pornográfico o manipulador que perturbe la gradualidad de la educación. En sentido similar, GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel; “Estado democrático y libertad de expresión”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1982, nº 64, pág. 172 y CREMADES, Javier; *Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*, Madrid, 1995, pág. 152. También el Tribunal Constitucional en la STC 62/1982 de de 15 de octubre vincula la protección de la juventud y la infancia con la moral pública en el ámbito de las publicaciones pornográficas.

<sup>646</sup> Es cierto que, aunque la moral no se recoge expresamente en el art. 20.4 CE como límite a las libertades de información y expresión, sí lo hacen los Tratados internacionales (el art. 19.3 PIDCP y el art. CEPDHLF recogen la moral pública como posible limitación de la libertad de expresión y el art. 6.1 CEPDHLF permite la limitación del acceso a los procesos judiciales en atención a la moralidad) que, como se desprende del art. 10.2 CE, forman parte del ordenamiento jurídico interno. Así lo entiende también LLAMAZARES CALZADILLA, M.C.; *Op. Cit.*, pág. 304 y ss. En contra, AGUILERA FERNÁNDEZ, A.; *Op. Cit.*, pág. 54-55 que sostiene que los Tratados internacionales sirven para interpretar la Constitución pero no para crear nuevos límites a los derechos fundamentales.

Ahora bien, la protección del menor desde el punto de vista de la moral pública va más allá de una mera protección de la moralidad y la sexualidad<sup>649</sup>. En parte, porque por moral pública no debe entenderse una determinada moral sino aquellas condiciones que desde el punto de vista ético debe reunir el comportamiento humano según un criterio laico mayoritario en una determinada sociedad<sup>650</sup>. Por otra parte, porque ni la moral pública consiste únicamente en la protección de la infancia y la juventud ni la protección del menor de edad se agota en argumentos estrictamente morales<sup>651</sup>. La combinación de moral e interés del menor tiene como consecuencia la necesaria existencia de unas normas de conducta deontológica en el ámbito de los medios de comunicación que protejan el libre desarrollo de la personalidad del menor y sus derechos fundamentales.

El fundamento de la llamada a la protección del menor que hace el constituyente y, en general, el legislador es la falta de desarrollo físico y psíquico del menor de edad que comporta que asuma menos fácilmente que un adulto las consecuencias de las posibles intromisiones de los medios de comunicación en su honor, intimidad y propia imagen<sup>652</sup>. De ahí que el tratamiento de las informaciones relativas a los menores deba realizarse bajo un prisma de mayor garantía de los derechos fundamentales y de interpretación restrictiva del ejercicio de la libertad de información y expresión.

El art. 20.4 CE no sólo protege al menor como destinatario de la información<sup>653</sup> sino también como objeto de la misma. A la luz del precepto

---

<sup>647</sup> STC 62/1982, de 15 de octubre.

<sup>648</sup> LLAMAZARES CALZADILLA, M.C.; *Op. Cit.*, pág. 155.

<sup>649</sup> CARRILLO, Marc; *Los límites a la libertad de prensa en la Constitución española de 1978*, Barcelona, 1987, pág. 93.

<sup>650</sup> LLAMAZARES CALZADILLA, M.C.; *Op. Cit.*, pág. 308-309.

<sup>651</sup> LLAMAZARES CALZADILLA, M.C.; *Op. Cit.*, pág. 254-255.

<sup>652</sup> CREMADES, J.; *Op. Cit.*, pág. 152.

<sup>653</sup> Existe una larga lista de preceptos legales dirigidos a evitar que los menores sean espectadores de información o imágenes violentas, pornográficas,... que puedan perjudicar el libre desarrollo de su personalidad. Así, el art. 5 de la ley orgánica 1/1996, los arts. 6.3 y 9.1 del Real Decreto 307/1977, de 11 de noviembre de regulación de actividades cinematográficas, el art. 1 de la

constitucional ha surgido abundante legislación dirigida a proteger la libre formación de la personalidad del menor y sus derechos fundamentales en tanto que destinatario de la información pero también algunos preceptos legales que pretenden garantizar que el tratamiento de la información sobre menores de edad no perjudicará su interés. Así, el art. 4 de la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero nace con la voluntad de proteger al menor como objeto de la información y no como destinatario de la misma. Lo mismo sucede con el art. 38 de la LAPIA que regula la aparición de los menores en el ámbito publicitario.

En conclusión, cuando el art. 20.4 CE limita la libertad de información y expresión protegiendo la juventud y la infancia está haciendo referencia a la tutela y garantía del interés del menor, esto es, de la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y los derechos fundamentales del menor. Ello tiene como consecuencia que, si normalmente los derechos del título primero de la Constitución y en especial el derecho al honor, la intimidad y la imagen funcionan como límites de la libertad de expresión e información, ello sucede de forma especialmente marcada en el caso de informaciones relativas a menores de edad pues en este caso se exige un plus de protección. Por ello, los criterios que actualmente se utilizan para entender que debe primar la libertad de información y expresión por encima del derecho al honor, intimidad e imagen (interés público, falta de gratuidad y, en su caso, veracidad) merecen un estudio en detalle teniendo en cuenta la particularidades de la información sobre menores. De ahí, que deban estudiarse las reglas sobre el tratamiento en los medios de comunicación de informaciones relativas al menor delincuente y al menor en

---

ley 1/1982, de 24 de febrero de regulación de las salas especiales de exhibición cinematográfica, de la Filmoteca Española y las tasas por licencia de doblaje, los arts. 7.2 y 11.3 del Convenio europeo sobre televisión transfronteriza firmado en Estrasburgo el 5 de mayo de 1989, arts. 16 y 17 de la ley 25/1994, de 12 de julio de la televisión por la que se incorpora la Directiva 89/552/CEE., el art. 12.2 de la ley 42/1995, de 22 de diciembre de telecomunicaciones por cable, arts. 185 y 186 CP, arts. 34, 35, 36 y 37 de la LAPIA y el principio 35 de la Resolución 1003 del Consejo de Europa sobre ética del periodismo.

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en STEDH de 7 de diciembre de 1996, caso Handyside y el Tribunal Constitucional han debido prestar especial atención a este tema en la STC 49/1984, de 5 de abril, STC 153/1985, de 7 de noviembre y STC 176/1995 de 11 de diciembre.

En el ordenamiento jurídico francés, esta preocupación del legislador se tradujo en el Decreto nº 92-445 de 15 de mayo de 1992 *concernant l'accès des mineurs aux salles du cinéma* modificado posteriormente por el Decreto nº 2002-1185 de 18 de septiembre de 2002.

general para establecer las normas que deben regir en los criterios de ponderación entre la libertad de información y el derecho al honor.

## 2. LA INFORMACIÓN SOBRE EL MENOR DELINCUENTE.

Existe una preocupación constante de los ordenamientos jurídicos, sean éstos más o menos garantistas, sobre la especial protección que debe prestarse al menor de edad delincuente en relación a las informaciones que sobre su caso se difundan por los medios de comunicación.

Así, el ordenamiento jurídico francés, extremadamente garantista<sup>654</sup>, regula la cuestión en la Ordenanza de 2 de febrero de 1945 relativa a menores delincuentes<sup>655</sup> que en su art. 14 prohíbe la publicación de cualquier detalle de los debates mantenidos durante el juicio lo cual, como se verá y, pese a la influencia que ha tenido este precepto en nuestro ordenamiento, no sucede en la legislación española. La Ordenanza de 1945 también prohíbe la publicación de cualquier dato o imagen que permita identificar al menor y, aunque establece que la

---

<sup>654</sup> BLIN, Henri-CHAVANNE, Albert-DRAGÓ, Roland; *Traité du Droit de la Presse*, París, 1969, pág. 82 recogen la sentencia 15 de octubre de 1953 del Tribunal de Casación donde se condena a un periódico por haber publicado el nombre de un menor pese a que fue su representante legal quien se dirigió al medio de comunicación para exigir una rectificación sobre una noticia relativa a dicho menor que había aparecido anteriormente y en la que no se había hecho constar su identidad.

<sup>655</sup> El art. 14 de la Ordennance n° 45-174 de 2 de febrero de 1945 modificado por la Ley 1138/2002 de 9 de septiembre del 2002 dice:

“Chaque affaire sera jugée séparément en l’absence de tous autres prévenus.

Seuls seront admis à assister aux débats la victime, qu’elle soit ou non constituée partie civile, les témoins de l’affaire, les proches parents, le tuteur ou le représentant légal du mineur, les membres du barreau, les représentants des sociétés de patronage et des services ou institutions s’occupant des enfants, les délégués à la liberté surveillée.

Le président pourra, à tout moment, ordonner que le mineur se retire pendant tout o partie de la suite des débats. Il pourra de même ordonner aux témoins de se retirer après leur audition.

*La publication du compte rendu des débats des tribunaux pour enfants dans le livre, la presse, la radiophonie, le cinémathographe ou de quelque manière que ce soit est interdite. La publication, par le mêmes procédés, de tout texte ou de toute illustration concernant l’identité et al personnalité des mineurs délinquants est également interdite. Les infractions à ces dispositions seront punies d’une amende de 6000 euros; en cas de récidive, un emprisonnement des deux ans pourra être prononcé.*

*Le jugement sera rendu en audience publique, en la presence du mineur. Il pourra être publié, mais sans que le nom du mineur puisse être indiqué, même par une initiale, à peine d’une amende de 3750 euros”.*

audiencia será pública, prohíbe la publicación del nombre del menor ni siquiera mediante sus iniciales<sup>656</sup>.

En el Derecho italiano también se tienen en cuenta una serie de medidas protectoras con el fin de no estigmatizar al menor delincuente ni perjudicar el libre desarrollo de su personalidad<sup>657</sup>. Con tal fin el art. 31 de las *disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni* prohíbe la publicación o divulgación de noticias que permitan identificar al menor delincuente<sup>658</sup>.

En Gran Bretaña, sin embargo, se ha interpretado de forma más laxa la obligación de proteger al menor delincuente en relación a las informaciones que sobre él aparezcan en los medios de comunicación. En cuanto al periodo en que se desarrolla el juicio, las reglas son diferentes en función de si estamos ante un Tribunal de menores o ante un Tribunal ordinario. Cuando el juicio se desarrolla ante un Tribunal de menores, no puede impedirse la entrada a la sala de los “bona fides members of newspapers or newagencies”<sup>659</sup> pero está prohibido publicar el nombre, la dirección, la escuela, la imagen del menor de edad o cualquier otro dato que permita su identificación<sup>660</sup>. Por tanto, además de ser

---

<sup>656</sup> BLIN, H.-CHAVANNE, A.- DRAGO, R.; *Traité du Droit de la Presse*, cit., pág. 82 ya consideraban contrario al interés del menor la publicación de sus iniciales.

<sup>657</sup> Así, PALOMBA, Federico; *Il sistema del nuovo processo penale minorile*, Milano, 1991, pág. 105 habla de “principio di de-stigmatizzazione”.

<sup>658</sup> También se prevé en esta norma la posibilidad de que la audiencia no sea pública y en sus arts. 14-15 que los antecedentes penales no consten en el registro hasta que el menor alcance la mayoría de edad.

<sup>659</sup> Así lo establece la Sección 47.2 c) de la *Children and Young Persons Act* de 1933.

<sup>660</sup> Así lo recoge la Sección 39.1 de la *Children and Young Persons Act* de 1933 que dice:

“In relation to any proceedings in any court (...) the court may direct that

a) no newspaper report of the proceedings shall reveal the name, address, or school, or include any particulars calculated to lead to the identification of any child or young person concerned in the proceedings, either as being the person by or against or in respect of whom the proceedings are taken, or as being a witness therein;

b) no picture shall be published in any newspaper as being or including a picture of any child or young person so concerned in the proceedings as aforesaid; except insofar as it may be permitted by the direction of the court”.

En la misma línea la sección 49 de la *Children and Young Persons Act* de 1933 modificada por la *Youth Justice and Criminal Evidence Act* de 1999.

También así el apartado 252.1 de la *Children Act* de 2001 que afirma que:

“In relation to any proceedings for an offence against a child or where a child is a witness in any such proceedings-

exhaustiva en relación a los datos relativos al menor que no pueden ser revelados, la *Children an Young Persons Act* de 1933 y la *Children Act* de 2001 establecen una cláusula de cierre en aras a impedir la publicación de cualquier dato que permita identificar al menor aunque no esté contemplado expresamente.

Sin embargo, pese a lo garantista que podría parecer en un primer momento el derecho anglosajón, ello no es así debido a la fuerte dosis de discrecionalidad que tienen los jueces para dejar sin efecto dichas medidas protectoras cuando así lo consideren oportuno puesto que la *Children and Young Persons Act* de 1933 establece que todas las medidas protectoras se aplicarán “except insofar as it may be permitted by the direction of the court”<sup>661</sup>. Es cierto, sin embargo, que ello parece quedar matizado por lo previsto en el apartado 252.2 de la *Children Act* de 2001 que dispensa de la prohibición de revelar datos que permitan identificar al menor sólo “if it is satisfied that it is appropriate to do so in the interest of the child”.

Pero cuando el menor es juzgado por un Tribunal ordinario y no por un Tribunal de menores, éste puede ser identificado en las informaciones que aparezcan en los medios de comunicación sin necesidad de que el juez levante la prohibición<sup>662</sup>.

Por otra parte, la doctrina sostiene que si se ha cometido un crimen por un menor o incluso existe acusación formal contra él puede publicarse su identidad si el dato se ha obtenido por el medio de comunicación<sup>663</sup>. Ello no deja de ser sorprendente teniendo en cuenta que la *Children and Young Persons Act* de 1933

---

a) no report wich reveals the name, adress or school of the child or includes any particulars likely to lead to his or her identification, and

b) no picture wich purports to be or include a picture of the child or wich is likely to lead to his or her identification, shall be published or included in a broadcast”

<sup>661</sup> Sección 39.1 *in fine* de la *Children and young Persons Act* de 1933.

<sup>662</sup> DODD, Mike; “Children and crime stories”, en *Media Law Guide*, <http://mediapoint.press.net/services/>.

<sup>663</sup> DODD, Mike; “Children and crime stories”, en *Media Law Guide*, [http://mediapoint.press.net/services /](http://mediapoint.press.net/services/).

Así parece confirmarlo la Sección 51 de la *Children Act* de 2001 que después de prohibir la publicación del nombre, dirección, escuela o cualquier otro dato que permita identificar al menor establece que dicha limitación no se aplicará a “the results of any bona fides research relating to it”.



y la *Children Act* de 2001 prohíben la publicación del nombre, dirección, escuela o fotografía del menor puesto que parece un contrasentido proteger al menor durante el juicio y una vez ha sido juzgado si no se ha hecho en el periodo anterior al mismo.

En conclusión, las garantías de protección del menor delincuente en el ordenamiento jurídico anglosajón quedan matizadas en parte porque la prohibición de identificar al menor puede quedar revocada por el juez, en parte porque cuando el menor es juzgado ante un tribunal ordinario dicha prohibición no existe y en parte porque la doctrina ha interpretado que la prohibición existe una vez ha empezado el juicio pero no antes.

En el ordenamiento jurídico alemán el art. 48 de la ley sobre la jurisdicción de la juventud en su redacción de 11 de diciembre de 1974 prevé que, como excepción a la regla general, en los juicios a los menores de edad la audiencia no será pública aunque nada parece preverse en relación al deber de no revelar su identidad en los medios de comunicación<sup>664</sup>.

En el ordenamiento jurídico español varias normas han regulado la protección del menor delincuente en relación a la información que de ellos se da en los medios de comunicación. Así el Reglamento de Tribunales Tutelares de Menores establecía que las sesiones no serían públicas, no se podrían publicar reseñas sobre las mismas y que estaba prohibida la publicación del nombre y apellidos del menor, de su imagen o de cualquier otro dato que pudiera identificarlo<sup>665</sup>. En similares términos se manifestaba la ley orgánica 4/1992, de 5

---

<sup>664</sup> Transcribe y comenta el precepto MERIGEAU, Martine; *Le Droit penal des mineurs et des jeunes adultes en République Federale d'Allemagne. La loi sur la juridiction de la jeunesse "Jugendgerichtsgesetz" dans sa dernière rédaction du 11 décembre 1974*, Paris, 1987, pág. 98-99.

<sup>665</sup> El Decreto de 11 de junio de 1948 por el que se aprueba el Reglamento de Tribunales Tutelares de menores dice:

Art. 38: "Las sesiones que celebren los Tribunales cuando sean corregidos o protegidos los menores de dieciséis años no serán públicas, y sólo podrán asistir a ellas los delegados y las personas que obtuvieran autorización del Presidente del Tribunal".

Art. 39: "En el caso de que trata el artículo precedente no será permitido publicar las reseñas de las sesiones, si bien será lícita la publicación de los acuerdos que dicte el Tribunal, omitiendo el nombre y apellidos del menor y cualquier otra circunstancia por la que éste pueda ser conocido.

de junio, de Reforma de la ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de menores<sup>666</sup>.

Ambos precedentes legales han sido derogados expresamente<sup>667</sup> por la ley orgánica 5/2000, de 12 de enero de responsabilidad penal de los menores que en su art. 35.2 dice: “El Juez podrá acordar, en interés de la persona imputada o de la víctima<sup>668</sup>, que las sesiones no sean públicas y en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación”.

La ley orgánica 5/2000 opta por hablar de la imagen y seguidamente utilizar una fórmula genérica para hacer referencia a la prohibición de publicar cualquier dato que pudiera servir para identificar al menor de edad. De esta forma, todo dato que identifique al menor o incluso aquéllos que de forma independiente no permitan la identificación pero puestos en relación sí lo hagan, no podrán ser difundidos por los medios de comunicación.

La legislación está dirigida a evitar que mediante el ejercicio de la libertad de información se identifique al menor y por ello se suele dar especial importancia al nombre y la imagen del menor como datos a no revelar para protegerlo. Así, el

---

Se prohíbe también la publicación en los periódicos y en hojas sueltas de los nombres o de los retratos de los menores denunciados al tribunal o protegidos por el mismo, así como toda estampa y gravado alusivo a los actos que a los menores se les atribuye”.

(...)

Art. 40: “Los Tribunales de menores se abstendrán de ordenar la publicación, ni aún en periódicos oficiales, de citaciones, notificaciones y acuerdos en que se expresen los nombres de menores corregidos o protegidos por el Tribunal”.

Art. 41: “Los organismos de Policía no facilitarán informes sobre menores (...) ni suministrarán acerca de ellos datos que puedan ser detenidos a publicidad”.

Art. 42: “De los acuerdos que dicten los tribunales en los procedimientos para corregir a los menores de dieciséis años no podrá tomarse anotación en el Registro Central de Penados”.

<sup>666</sup> La regla 14ª de su art. 2.2.1 decía:

“La audiencia se celebrará con asistencia del Fiscal, del miembro del equipo técnico, del abogado defensor y del menor, que podrá estar acompañado de sus representantes legales, salvo que el Juez, motivadamente oído el Fiscal, no lo considere oportuno.

*El Juez podrá acordar, en interés del menor, que las sesiones no sean públicas.*

*En ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor, ni datos que permitan su identificación”.*

<sup>667</sup> Disposición final 5ª de la Ley orgánica 5/2000.

<sup>668</sup> Nótese que se va más allá de la protección del menor delincuente pues se prohíbe la identificación del menor esté imputado o sea la víctima.

art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 establece que existirá intromisión ilegítima cuando los medios de comunicación publiquen el nombre o la imagen del menor y con ello se vulnere su honra, su reputación o su interés. Sin embargo, también puede identificarse al menor publicando sus iniciales en combinación con su dirección o el nombre de la escuela a la que asiste y ello deberá considerarse igualmente una intromisión en su honor e intimidad.

Es evidente la semejanza entre el ordenamiento jurídico francés y el español en relación a la protección del menor delincuente frente a la libertad de información. Sin embargo, y aunque las dos legislaciones son garantistas, el Derecho francés extrema la precaución al impedir la publicación de informes sobre el juicio y considerar que la simple publicación de las iniciales del menor lo identifica en cierta medida y, por tanto, supone una vulneración de sus derechos. Ello no sucede en nuestra regulación donde no se prohíbe expresamente ni publicar informes sobre el desarrollo del juicio ni la publicación de las iniciales del menor<sup>669</sup>. Ahora bien, en la medida en que la ley orgánica 5/2000 prohíbe publicar cualquier dato que identifique al menor, debe entenderse que la difusión de las iniciales junto con otros datos cuya combinación permita identificar al menor no está permitida. Respecto a la publicación de informaciones relativas al juicio creemos que siempre que tengan interés público y no vayan acompañadas de la identidad del menor están permitidas pues de esta forma es posible combinar el respeto a la libertad de información y el derecho al honor del menor. Por su parte, Gran Bretaña prevé medidas similares a las del ordenamiento español para proteger al menor, pero permite al juez dejarlas sin efecto cuando el menor es juzgado ante un Tribunal de menores y no las aplica en el caso de que el menor sea juzgado por un Tribunal ordinario.

De todo ello se deduce que el debate en relación a las informaciones sobre menores delincuentes es si pueden difundirse o no sus nombres e imágenes, esto es, si es posible identificar al menor cuando se informe acerca de la noticia. Cabe sostener que la difusión de la identidad funciona a modo de

---

<sup>669</sup> De hecho el art. 9.11 del manual de estilo del periódico El País dice que “se usarán igualmente iniciales en los casos de violación o cuando los detenidos por la policía o los acusados formalmente de un delito sean menores de edad (18 años)”.

*catharsis* y hará disminuir la delincuencia o bien entender que el conocimiento público de la identidad del menor no sólo no ayuda a disminuir la delincuencia sino que dificulta enormemente la reinserción y rehabilitación del menor<sup>670</sup>. Frente a cierta doctrina minoritaria que defiende la primacía de la libertad de información<sup>671</sup>, la mayoría de los autores sostienen que no es posible identificar al menor delincuente pues ello sería contrario a su interés<sup>672</sup>.

La difusión de la identidad del menor no contribuye a la formación de la opinión pública libre y en cambio puede causar un daño irreparable en su personalidad provocando su aislamiento personal y familiar y dificultando su reinserción<sup>673</sup>. No puede alegarse aquí la preponderancia de la libertad de información en aras a proteger el interés público de la sociedad frente al particular del menor<sup>674</sup>. No es necesario plantearnos la disyuntiva de si debe primar el interés público sobre el particular porque el ordenamiento jurídico español ha encontrado la fórmula para que ambos intereses elevados a la categoría de derechos fundamentales sean respetados. Se parte de la posibilidad de informar sobre determinados sucesos en los que estén implicados menores de edad siempre y cuando no se les identifique y de esta forma ni se sacrifica el interés del menor ni la libertad de información<sup>675</sup>. La identificación del menor no contribuye a la formación de la opinión pública y en cambio perjudica el interés del menor

---

<sup>670</sup> Así se lo plantea SORIA, Carlos; "Límites jurídicos a la información sobre delincuencia juvenil", en *Revista Española de la Opinión Pública*, 1975, nº 40-41, págs. 103-104.

<sup>671</sup> DESANTES GUANTER, J.M.; "Fundamentación jurídica del ordenamiento especial de la información juvenil e infantil", en *Teoría y práctica de las publicaciones infantiles y juveniles*, Ministerio de Cultura, 1978, pág. 74 donde sostiene que el "régimen jurídico positivo de la información infantil y juvenil no supone el establecimiento de unos límites a la libertad informativa" si bien reconoce en pág. 79 que la actividad informativa en relación a menores impone ciertos deberes deontológicos.

<sup>672</sup> BARROSO, Porfirio- LÓPEZ TALAVERA, M<sup>a</sup> del Mar; *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*, Madrid, 1998, pág. 170 y ss y LLAMAZARES CALZADILLA, M<sup>a</sup> C.; *Op. Cit.*, pág. 260, ESPINAR VICENTE, José María; "La primacía del derecho a la información sobre la intimidad y el honor", en GARCÍA SAN MIGUEL RODRÍGUEZ-ARANGO, Luis; *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Madrid, 1992, pág. 66 que sostiene que no debe imponerse la libertad de información por encima de la protección a la juventud y la infancia.

<sup>673</sup> LLAMAZARES CALZADILLA, M<sup>a</sup> C.; *Op. Cit.*, pág. 260.

<sup>674</sup> Se plantea el problema BARROSO, P-LÓPEZ TALAVERA, M<sup>a</sup> M.; *Op. Cit.*, pág. 172 que sostiene que debe primar el interés del menor por encima del interés público.

<sup>675</sup> No sucede así en el Derecho francés que de forma más garantista para el menor de edad impide publicar informaciones relativas al juicio.

mientras que informar sin identificar permite conjugar todos los intereses en juego<sup>676</sup>.

El fundamento de la imposibilidad de identificar al menor de edad delincuente en los medios de comunicación es el interés del menor como se desprende de las constantes alusiones de la ley orgánica 5/2000 en su Exposición de Motivos a este principio<sup>677</sup>. En efecto, la identificación del menor en los medios de comunicación perjudica el interés del menor no sólo porque dificulta su rehabilitación y reinserción sino porque perjudica el libre desarrollo de su personalidad y vulnera sus derechos fundamentales, especialmente su derecho al honor y a la intimidad.

Sin embargo, no puede aceptarse la tesis de que el tratamiento de informaciones sobre delincuentes menores y adultos debe ser igual porque en ambos casos se ataca el derecho al honor y la intimidad de la persona<sup>678</sup>. Es cierto que en ambos casos hay una pugna entre el interés general en conocer una determinada noticia y el interés particular de la protección del derecho al honor y la intimidad del delincuente y, en cambio, la postura del ordenamiento no es igual en el caso del menor delincuente para el que prevé la imposibilidad de identificarlo como medida preventiva y en el caso del delincuente adulto para el que nada se

---

<sup>676</sup> Buscando este mismo equilibrio la Instrucción 2/1992 de 13 de febrero de la Fiscalía General del Estado dice que los Fiscales deben hacer “patente en su intervención el carácter garantista de los derechos fundamentales y libertades públicas y, particularmente, tendrán en cuenta la defensa del interés del menor y del libre desarrollo de su personalidad, conjugado con la defensa de la legalidad y de los perjudicados por la acción del menor, el interés público tutelado por la Ley y el interés social”.

<sup>677</sup> Dice la Exposición de Motivos: “Asimismo, han sido criterios orientadores de la redacción de la presente Ley orgánica, como no podría ser de otra manera, los contenidos de la doctrina del Tribunal Constitucional (...) sobre las garantías y el respeto a los derechos fundamentales que necesariamente han de impedir en el procedimiento seguido ante los Juzgados de Menores, sin perjuicio de las modificaciones que, respecto del procedimiento ordinario, permiten tener en cuenta la naturaleza y finalidad de aquel tipo de proceso, encaminado a la adopción de unas medidas que, como ya se ha dicho, fundamentalmente no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor, valorados con criterios que han de buscarse primordialmente en el ámbito de las ciencias no jurídicas”.

<sup>678</sup> Así se lo plantea SORIA, C.; *Op. Cit.*, pág. 114 donde afirma que “resultaría difícil de admitir que se viera en la publicación de los nombres de los menores un ataque a su honor o a su intimidad, y no se reconociera el mismo ataque en el caso de los delincuentes adultos. Dicho en otros términos: quizás resultaría excesivo legitimar la publicidad de los nombres de los delincuentes adultos por razones de interés general y no proceder del mismo modo en el caso de la delincuencia juvenil”.

prevé de forma expresa<sup>679</sup>. La justificación del diferente trato no es la falta de responsabilidad penal del menor como se ha sostenido<sup>680</sup> o, al menos, no lo es de forma directa. En realidad la prohibición de difundir la identidad del menor delincuente en los medios de comunicación se debe a que la falta de desarrollo intelectual y emocional del menor le impide asumir con cierta normalidad la fuerte repercusión mediática que suelen tener estos casos de tal manera que el menor se verá afectado en mayor grado que un adulto por el rechazo social que la información provoca hacia él lo cual impedirá el correcto desarrollo de su personalidad<sup>681</sup>.

En conclusión, la pregunta sobre si debe informarse o no de la identidad o de los hechos delictivos en los que esté implicado un menor debe responderse en el sentido de que puede y debe informarse sobre un hecho delictivo en que esté implicado un menor si ello es una información de interés público pero no debe informarse de la identidad del menor delincuente porque ello no contribuye a la formación de la opinión pública<sup>682</sup> porque no aporta datos de interés público y porque es contrario al interés del menor, esto es, al libre desarrollo de su personalidad y sus derechos fundamentales, especialmente el derecho al honor y a la intimidad.

De ahí que el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 presuma la ilegitimidad de la intromisión en el honor del menor cuando los medios de comunicación revelan

---

<sup>679</sup> Cabe decir que, pese a que nada se prevé de forma expresa para proteger al adulto delincuente, entendemos que, salvo que se trate de una persona pública y que, por tanto, su identidad contribuye a formar la opinión pública, tampoco sería adecuado publicar su identidad. De hecho los arts. 15 y 16 del Código de ética periodística de Suecia prohíbe identificar por su nombre o su imagen a cualquier acusado o culpable de cometer un delito con independencia de cual sea su edad según recoge BARROSO, P.-LÓPEZ TALAVERA, M<sup>a</sup> M.; *Op. Cit.*, pág. 168.

<sup>680</sup> Así, SORIA, C.; *Op. Cit.*, pág. 115 entiende que no puede difundirse la identidad del menor porque éste no es responsable penalmente por lo que desde el punto de vista penal no existe autor del delito y tampoco identificación del mismo. Sin embargo, además de que debe diferenciarse conceptualmente la falta de responsabilidad penal y la ausencia de autor del delito, el menor no es imputable criminalmente porque, en la medida en que no ha desarrollado su personalidad enteramente, no es capaz de entender completamente las consecuencias de sus actos siendo además la privación de libertad un impedimento añadido a su personalidad en desarrollo.

<sup>681</sup> De hecho en el ordenamiento jurídico italiano se prevé que los antecedentes penales del delincuente menor de edad no constarán en el registro de penados hasta que aquél alcance la mayoría.

<sup>682</sup> LLAMAZARES CALZADILLA, M<sup>a</sup> C.; *Op. Cit.*, pág. 260.

su nombre o imagen de forma que se perjudique su honra o interés. La identificación del menor delincuente sin duda menoscaba su honor, intimidad, autoestima y reputación e impide el libre desarrollo de su personalidad.

### 3. MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y MENORES.

Existen dos tendencias doctrinales en relación al tratamiento de las informaciones relativas a los menores de edad en los medios de comunicación. Una primera que considera que la libertad de información, en la medida en que contribuye a formar la opinión pública, no debe verse restringida por las normas de salvaguarda de los derechos del menor aunque deban tomarse ciertas medidas protectoras<sup>683</sup> y una segunda que sostiene que la libertad de información no debe primar por encima de los intereses del menor de edad<sup>684</sup>.

En cualquier caso, lo cierto es que las normas deontológicas periodísticas han mostrado cierta sensibilidad en el tratamiento de informaciones relativas a menores de edad. Así, el Código de la Federación de Asociaciones de Periodistas de España establece en relación al derecho a la intimidad que “se prestará especial atención al tratamiento de asuntos que afecten a la infancia y a la juventud y se respetará el derecho a la intimidad de los menores” para añadir que “el periodista deberá abstenerse de entrevistar, fotografiar o grabar a los menores de edad sobre temas relacionados con actividades delictivas o enmarcables en el ámbito de la privacidad”<sup>685</sup>.

Sin embargo, estas previsiones no dejan de ser afirmaciones programáticas e incompletas que deberán interpretarse conforme a la legislación

---

<sup>683</sup> Destacan en la defensa de esta tesis DESANTES GUANTER, José M<sup>a</sup>-SORIA, Carlos; *Los límites de la información*, Madrid, 1991, pág. 62 y ss donde sostienen que no es correcto hablar de límites a la libertad de información sino que más bien debe hablarse de excepciones y que, en relación al art. 20. 1 y 20.4 CE, “la contradicción evidente entre ambos párrafos había que resolverla a favor del primero, teniendo por jurídicamente inexistente o no vigente el cuarto”. De forma más matizada defienden la primacía de la libertad de información DESANTES GUANTER, J.M.; *Op. Cit.*, pág. 74, AGUILERA FERNÁNDEZ, A.; *Op. Cit.*, pág. 54.

<sup>684</sup> ESPINAR VICENTE, J.M.; *Op. Cit.*, pág. 66, CREMADES, J.; *Op. Cit.*, pág. 141 y 147, BARROSO, P.-LÓPEZ TALAVERA, M<sup>a</sup> M.; *Op. Cit.*, pág. 177.

<sup>685</sup> ESCOBAR ROCA, Guillermo; *Estatuto de los periodistas. Régimen normativo de la profesión y organización de las empresas de comunicación*, Madrid, 2002, pág. 234.

relativa a la protección de menores<sup>686</sup>. Por ello, cuando el Código FAPE habla de intimidad o privacidad deberemos entenderlo en sentido amplio, esto es, como un concepto que comprende no sólo la vida privada sino también la imagen<sup>687</sup>. En realidad, interpretado a la luz del art. 4 de la ley orgánica 1/1996 debe entenderse que no es posible difundir ni datos ni imágenes que permitan identificar al menor con el consiguiente perjuicio del desarrollo de su personalidad y derechos fundamentales.

Pese a la letra del Código FAPE, no debe deducirse de dichas previsiones deontológicas que basta con no fotografiar, grabar o entrevistar al menor para que sus derechos fundamentales queden salvaguardados sino que es necesario un plus de diligencia en la tutela del menor. Puede mostrarse la imagen de un menor de edad si la información es de interés público y se distorsiona adecuadamente la misma para asegurar su anonimato<sup>688</sup> y lo mismo cabe decir respecto de informaciones que le afecten directa o indirectamente siempre y cuando no se revele su identidad. Por el contrario, si se revela el nombre del menor o cualquier otro dato que le identifique puede vulnerarse su derecho al honor o intimidad aunque no se haya grabado, fotografiado o entrevistado porque ello permite relacionar a un menor concreto con los hechos contrarios al honor. Es decir, la diligencia del profesional deberá ir más allá de abstenerse de entrevistar, grabar o fotografiar al menor pues sin llevar a cabo estas actividades puede igualmente menoscabarse el honor del menor si se proporcionan datos que le identifican. Y, por el contrario, puede grabarse, entrevistarse y fotografiarse al menor si se distorsiona de manera tal el resultado de estas actividades que se impida identificar al menor y que no exista menoscabo de su interés.

---

<sup>686</sup> De hecho la STS de 26 de marzo del 2003 no considera que haya intromisión ilegítima en una entrevista televisiva realizada a un menor de edad acerca de las agresiones sufridas y de su difícil situación familiar y personal.

<sup>687</sup> Quizás si se habla de privacidad es por influencia del *right to privacy* del derecho anglosajón que comprende no solamente la intimidad sino también la imagen. Así, WARREN, Samuel- BRANDEIS, Louis; *El derecho a la intimidad*, Madrid, 1995, pág. 60.

<sup>688</sup> Así sucedería en el caso de que se realizara un reportaje denunciando una red de pornografía infantil puesto que existe interés público en la noticia siempre que ésta se realice en condiciones que no permitan identificar al menor porque se le muestra de forma irrecognoscible.



En cambio, en relación al menor delincuente existen normas más adecuadas a la protección del menor. De forma paralela a lo que sucede en el ámbito jurídico, existe unanimidad en los códigos deontológicos del periodismo en el continente europeo en considerar que no puede revelarse dato alguno que permita identificar al menor delincuente<sup>689</sup>. En España el art. 9.11 del Manual de Estilo del periódico El País dice “se usarán igualmente iniciales en los casos de violación o cuando los detenidos por la policía o los acusados formalmente de un delito sean menores de edad (18 años)”<sup>690</sup>. Existe en el ámbito periodístico una sensibilidad acorde con las previsiones legales de no identificar al menor de edad delincuente.

Por ello, creemos que, en la medida en que se prohíbe identificar al menor delincuente por cuanto ello supone un perjuicio de su interés, la regla del anonimato debe generalizarse a todos aquellos casos en que la difusión del nombre, imagen o cualquier otro dato que solo o en combinación con otro permita identificar al menor causándole un perjuicio en sus derechos fundamentales o en el desarrollo de su personalidad. Así puede deducirse del art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 que considera ilegítima la intromisión de los medios de comunicación mediante la difusión del nombre o la imagen del menor cuando perjudique su honra o reputación o perjudique su interés.

En relación al derecho al honor, se vulnerará el interés del menor cuando se muestre al menor o se difundan informaciones sobre él que atenten de forma objetiva a su dignidad o cuando supongan una disminución de su autoestima o reputación social. Por tanto, siempre que una información perjudique el interés del menor, deberá aplicarse la regla del anonimato de tal forma que se puede

---

<sup>689</sup> El art. 17 del Código ético de Noruega insta a “No publicar los nombres y fotografías de los delincuentes juveniles. Publicidad de esta clase puede fácilmente estropear el trabajo de rehabilitación y además muy frecuentemente gente joven de esta categoría a menudo comete crímenes como resultado de absoluta falta de cuidado”, el art. 30 3º del Código moral para periodistas y la prensa de Grecia dice que “las fotografías y extensas descripciones de delitos cometidos por o contra menores de diecisiete años, nunca deben ser publicadas, incluso si dicha descripción satisface la curiosidad del público. La publicación de los nombres de menores debe ser especialmente evitada” y el art. 12 del Código de Alemania Federal dice que “en consideración al futuro de los jóvenes sus actos punibles deben ser explicados, en lo posible, sin citar nombres y sin fotografías, siempre que no se trate de delitos graves”. Así lo recoge BARROSO, P.-LÓPEZ TALAVERA, Mª M.; *Op. Cit.*, pág. 168-169.

<sup>690</sup> EL PAÍS; *Libro de Estilo. El País*, Madrid, 1999, pág. 125.

informar sobre el hecho si tiene interés público pero no sobre la identidad del menor de edad.

Es posible, en consecuencia, que aparezca la imagen o el nombre del menor si existe consentimiento de los representantes del menor o del menor mismo siempre y cuando no se produzca un perjuicio de los derechos fundamentales del menor o del libre desarrollo de su personalidad. También lo es difundir información relativa a un menor incluso aunque se trate de una situación perjudicial para él siempre y cuando no se revele su identidad<sup>691</sup>.

En conclusión, es posible publicar informaciones relativas a menores de edad si éstas tienen interés público aunque sean situaciones traumáticas para el menor siempre y cuando no se revele en modo alguno su identidad. Si determinada información o imagen no es en sí misma perjudicial podrá publicarse sólo si consta el consentimiento de los representantes legales o del menor mismo si tiene madurez suficiente. En cualquier caso, en el ámbito de protección del menor de edad nos movemos por definición ante situaciones que suponen un menoscabo de su honor por lo que deberá aplicarse siempre la regla de la no difusión de la identidad del menor.

#### **4. CRITERIOS DE PONDERACIÓN EN LA INFORMACIÓN RELATIVA A MENORES DE EDAD.**

La doctrina del Tribunal Constitucional ha establecido que, para que la libertad de información prime sobre el derecho al honor y a la intimidad, deberá tratarse de una información de interés público, veraz y transmitida a través de los cauces normales de formación de la opinión pública<sup>692</sup>. Sin embargo, estos

---

<sup>691</sup> Así sucedería, por ejemplo, en aquellos casos en los que se informa sobre una red de pornografía infantil en las que la policía se ha incautado de fotografías vejatorias para el menor pues en este caso podría informarse del hecho pero sin mostrar las imágenes de forma que hagan al menor reconocible y sin proporcionar dato alguno que permita identificar al menor. En este sentido se manifiesta la SAP de Barcelona de 1 de junio de 1999 que entiende que no se ha producido una intromisión en los derechos del menor porque la imagen que se muestra de ellos no permite reconocerlos y porque no se ha difundido su nombre y sus apellidos sino únicamente sus iniciales.

<sup>692</sup> Sobre el interés público se ha manifestado nuestro Tribunal Constitucional en la STC 231/1988 de 2 de diciembre, la STC 172/1990, de 5 de noviembre y la STC 20/1992 de 14 de febrero. En relación a la veracidad ver la STC 15/1993 de 18 de enero y la STC 6/1988 de 21 de

criterios deben ser revisados cuando se apliquen a informaciones relativas a menores de edad pues, al tener éstos su personalidad en desarrollo, pueden verse afectados en mayor grado que un adulto por su aparición en los medios de comunicación. Por ello, en algunos casos deberán matizarse los criterios de ponderación y en otros deberán ampliarse.

Se ha dicho que es preciso que la información sea de interés público<sup>693</sup> y que, en consecuencia, contribuya a formar la opinión pública<sup>694</sup>. Por ello, no entran dentro del concepto de informaciones de interés general aquellas afirmaciones que afectan a aspectos íntimos de la persona y que sean irrelevantes para el contenido de la información<sup>695</sup>. Se trata de evitar la difusión de

---

enero. Sobre los cauces normales de formación de la opinión pública, la STC 105/1990 de 6 de junio, STC 42/1995, de 13 de febrero, STC 76/1995, de 22 de mayo, STC 78/1995, de 22 de mayo. Entre la doctrina española, ha estudiado el tema VIDAL MARÍN, Tomás; *El derecho al honor y su protección desde la constitución española*, Madrid, 2001, pág. 352 y ss., JAÉN VALLEJO, Manuel; *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Madrid, 1992, pág. 49 y ss., PLAZA PENADÈS, Javier; *El derecho al honor y la libertad de expresión*, Valencia, 1996, pág. 115 y ss., LÓPEZ DÍAZ, Elvira; *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*, Madrid, 1996, pág. 158 y ss., BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa; *El derecho fundamental al honor*, Madrid, 1992, pág. 167 y ss., ROMERO COLOMA, Aurelia M<sup>o</sup>; *Los derechos al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión e información. Problemática procesal*, Barcelona, 1991, pág. 23 y ss.

En el ordenamiento jurídico italiano la jurisprudencia ha establecido que para ejercer legítimamente la libertad de información debe existir una utilidad social o interés público en la noticia, debe haber diligencia en los trabajos de investigación y debe darse la forma civil o "leale chiarezza", esto es, la corrección ética de un buen profesional. Así se afirma en las sentencias del Tribunale de Cassazione de 18 de octubre de 1984, de 30 de junio de 1984, de 11 de febrero de 1981 y en las del Tribunale di Roma de 14 de julio de 1989 y 22 de abril de 1989, todas ellas recogidas y comentadas en RICCIUTO, Vincenzo-ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo; *Il danno da mass-media*, Padova, 1990, pág. 6 y ss. Sobre el tema en la doctrina italiana, PERLINGIERI, Pietro; "Información, libertad de prensa y dignidad de la persona", en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1987, n<sup>o</sup> 2, págs. 285-299 RICCIUTO, V.-ZENO-ZENCOVICH, V.; *Op. Cit.*, págs. 1-54 y PACE, Alessandro; "El derecho a la propia imagen en la sociedad de los mass media", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1998, n<sup>o</sup> 52, págs. 33-52.

En el ordenamiento jurídico anglosajón también se tiene en cuenta el interés público como factor determinante en el legítimo ejercicio de la libertad de información. Así, ROBERTSON, Geoffrey-G.L. NICOL, Andrew; *Media Law*, London, 1990, pág. 17 y WARREN, Samuel-BRANDEIS, Louis; *El derecho a la intimidad*, Madrid, 1995, págs. 62-65.

<sup>693</sup> Así, la STC 231/1988 de 2 de diciembre, la STC 172/1990, de 5 de noviembre y la STC 20/1992 de 14 de febrero que dice que "la relevancia comunitaria, y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena, con frecuencia mal orientada e indebidamente formada, es lo único que puede fundamentar la exigencia de que se asuman perturbaciones y molestias ocasionadas por la difusión de determinadas noticias".

<sup>694</sup> La información que no contribuye a formar la opinión pública es gratuita y, por tanto, no es de interés público. Así, la STC 105/1990 de 6 de junio o la STC 185/2002 de 14 de octubre.

<sup>695</sup> PLAZA PENADÈS, Javier; *El derecho al honor y la libertad de expresión*, Valencia, 1996, pág. 117.

datos innecesarios para la formación de la opinión pública y que, sin embargo, pueden menoscabar el honor o la intimidad de la persona a la que se refieren<sup>696</sup>. Así lo manifestó el Tribunal Supremo en STS de 15 de junio de 1993 donde se enjuiciaba la publicación de la noticia relativa a una menor que había sufrido un accidente mortal tras haber abandonado el domicilio familiar añadiéndose que la menor se encontraba en estado de gravidez. El Tribunal Supremo entendió que, además de que la noticia resultó no ser cierta, era evidente que para relatar la información del accidente de la menor, que sí tenía interés público, era innecesario difundir si estaba embarazada o no pues ello no contribuía a la formación de la opinión pública y, en cambio, menoscababa el honor y la intimidad de la menor<sup>697</sup>.

Debe valorarse si el ejercicio de la libertad de información ocasiona un daño mayor que el bien que se pretende realizar<sup>698</sup> y es evidente que la difusión de determinados datos del menor son gratuitos en relación a la formación de la opinión pública y, en cambio, menoscaban el libre desarrollo de su personalidad<sup>699</sup>.

---

<sup>696</sup> De ahí que la STC 20/1992 de 14 de febrero diga que “la relevancia comunitaria, y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena, con frecuencia mal orientada e indebidamente formada, es lo único que puede fundamentar la exigencia de que se asuman perturbaciones y molestias ocasionadas por la difusión de determinadas noticias”.

Por ello, no merecen protección constitucional las conductas que consisten en expresar opiniones o juicios de valor que traspasan la mera crítica o valoración de ciertos actos, ya sea porque se emplean expresiones claramente vejatorias ya sea porque se usan expresiones innecesarias para comunicar la información. Así, la STC 105/1990, de 6 de junio entiende que la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión que se realice supone un daño injustificado a la dignidad de la persona o al prestigio de las instituciones, teniendo en cuenta que la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería además incompatible con la dignidad de la persona que se proclama en el artículo 10 CE. En igual sentido, la STC 42/1995, de 13 de febrero, STC 76/1995, de 22 de mayo, STC 78/1995, de 22 de mayo

<sup>697</sup> Afirma el Tribunal Supremo que no “se explica o justifica que la adición de tales aspectos relativos a su abandono del domicilio familiar, por su preexistente estado de embarazo fuesen necesarios para completar aún más la noticia periodística del fallecimiento, o el resultado de su muerte por el accidente en que tuvo lugar dicho suceso letal, ya que la misma noticia de por sí, podía haberse dado, sin esas otras circunstancias añadidas, que no eran precisas para que la noticia en cuestión tuviese la necesaria divulgación o difusión”.

<sup>698</sup> BALAGUER CALLEJÓN, M<sup>a</sup> Luisa; *El derecho fundamental al honor*, Madrid, pág. 170.

<sup>699</sup> Sin embargo, la jurisprudencia anglosajona no tiene una postura clara al respecto pues en el caso *Re X* (menor) recogido por ROBERTSON, G.-G.L. NICOL, A.; *Op. Cit.*, pág. 19-20 el tribunal de primera instancia impidió la publicación de parte de un libro en la que se describía como una menor había sufrido abusos sexuales de su padre por considerar que el interés de la menor debía imponerse a la libertad de información en aquello que ésta fuera perjudicial. Pero el tribunal

Es aquí donde cobra sentido la llamada a la prohibición de identificar al menor que, según hemos interpretado, hace el art. 4 de la ley orgánica 1/1996. En efecto, dicho precepto establece que los medios de comunicación no podrán difundir el nombre o la imagen del menor cuando con ello se menoscabe su interés o su honor. La aportación de datos personales que permitan identificar al menor no aporta información añadida a la noticia. La identificación del menor involucrado en una determinada noticia, se trate de un delincuente o no, es irrelevante en aras a la formación de la opinión pública y, en cambio, vulnera el libre desarrollo de su personalidad. Por ello, incluso cuando la información tenga relevancia pública, deberá difundirse eliminando cualquier dato que permita identificar al menor si la noticia es susceptible de menoscabar su interés o su honor.

En efecto, para proteger el derecho a la información de la sociedad es innecesario revelar datos que permitan identificar qué menor está relacionado con determinada noticia por lo que debe entenderse que la identificación del menor no forma parte del interés público.

Es preciso que exista un interés general en sentido objetivo, esto es, que la importancia de los hechos haga necesario que la sociedad los conozca, y en sentido subjetivo, es decir, que afecten a personas que tienen condición de personaje público. Sin embargo, no cualquier información relativa a una persona pública tiene interés público por lo que será preciso combinar ambos criterios dando mayor preponderancia al objetivo<sup>700</sup>.

Las personas públicas tienen un grado menor de protección de su derecho al honor, intimidad e imagen en la medida en que han aceptado con sus propios actos un riesgo al asumir determinada profesión o actividad pública lo cual les obliga a una mayor tolerancia con las intromisiones en estos derechos<sup>701</sup>. El art. 8

---

de apelación entendió que, aunque era cierto que no existía interés público en dicha información, nunca debía primar el interés individual de la menor por encima de la libertad de información.

<sup>700</sup> PLAZA PENADÈS, J.; *El derecho al honor...*, cit., pág. 116-177.

de la ley orgánica 1/1982 dice que es persona pública “aquella persona que ejerce un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública”.

Ello aplicado al menor de edad merece una reflexión más detenida. En primer lugar, normalmente será persona pública en los términos que define el art. 8 de la ley orgánica 1/1982 el menor que realice una actividad en el ámbito del espectáculo público. En efecto, la normativa laboral establece que, salvo en el ámbito de los espectáculos públicos que fomenten el desarrollo de la personalidad del menor, el menor de edad que no alcance los dieciséis años tendrá prohibido el acceso al trabajo. Por ello, lo habitual será que las informaciones relativas a un menor con proyección pública estén relacionadas con este tipo de actividades.

En este caso, debe tenerse en cuenta que, si hemos vinculado la teoría de los propios actos al deber de mayor tolerancia de las personas públicas respecto de las intromisiones en el honor y la intimidad, debe tenerse en cuenta aquí si quien ha tomado la decisión de realizar una actividad pública ha sido el menor o sus representantes legales.

El menor de edad empieza a tener conciencia de su propio honor e intimidad alrededor de los doce años por lo que paulatinamente podrán empezarse a tener en cuenta sus propios actos para determinar una mayor o menor protección del derecho. Ahora bien, se ha de tener presente que el grado de tolerancia de un menor de edad con proyección pública siempre deberá ser menor que el de un adulto. Ello es así porque en el art. 20.4 CE se establece que la libertad de información está limitada por todos los derechos fundamentales, por el derecho al honor, a la intimidad y la propia imagen y por la juventud y la infancia. Por ello, debe protegerse en mayor medida los derechos del menor, no sólo porque se trata de unos derechos fundamentales a los que la Constitución se

---

<sup>701</sup> Así, respecto del derecho al honor, SALVADOR CODERCH, P.: *¿Qué es difamar? Libelo contra la ley del libelo*, cit., pág. 49.

Así también la STC 107/1988 de 8 de junio que afirma que debe primar la libertad de información sobre el derecho al honor “en cuanto sus titulares son personas públicas, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad queden afectados por opiniones e informaciones de interés general, pues así lo requiere el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática” si bien en la STC 197/1991 de 17 de octubre se matiza diciendo que ello no significa que estas personas deban ver sacrificados sus derechos de forma ilimitada.

refiere explícitamente como límites a la libertad de información, sino porque además en este caso el titular de dichos derechos es un menor de edad. Por otra parte, el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 establece que habrá intromisión ilegítima cuando la intromisión menoscabe el honor u otros derechos fundamentales del menor incluso si éste ha prestado su consentimiento, por lo que, con mayor razón, no estará legitimada una intromisión sobre la que no hay consentimiento sino meramente propios actos. Pese a que este precepto ha sido duramente criticado por la doctrina<sup>702</sup>, lo cierto es que el art. 4.3 tiende a objetivar la responsabilidad por intromisión ilegítima en el honor, la intimidad y la imagen del menor puesto que considera irrelevante, en aras a legitimar la intromisión en el derecho, la existencia de consentimiento.

A la misma conclusión debe llegarse cuando sean los representantes legales quienes hayan tomado la decisión de que el menor participe en actividades públicas puesto que la teoría de los propios actos no puede aplicarse respecto de los actos de los representantes legales cuando éstos vayan en detrimento de los derechos fundamentales del menor o en contra de su interés. La ley orgánica 1/1982 establece que la protección de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen quedará delimitada por los propios actos que mantenga cada persona para sí o su familia. Sin embargo, ya quedó expuesto que los actos de los representantes legales sólo pueden ser tenidos en cuenta cuando de ellos derive un mayor grado de protección del derecho del menor pero no cuando suceda lo contrario. Ello no es más que la aplicación del art. 2.1 de la ley orgánica 1/1996 que establece el principio de que la ley se interpretará de la forma más favorable al interés del menor y del deber de ejercer la patria potestad y la tutela en beneficio del menor y de acuerdo con su personalidad. Además debe tenerse en cuenta que el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 establece que habrá intromisión ilegítima cuando se perjudique el interés del menor o su honor incluso si consta el consentimiento de los representantes legales. Por ello, si el

---

<sup>702</sup> Así SANTOS MORÓN, M.J.; *Op. Cit.*, pág. 193, GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Op. Cit.*, pág. 1692 y RIVERA FERNÁNDEZ; "Anotaciones a la Ley 1/96, de 15 de enero, de protección jurídica del menor", en *Revista General del Derecho*, 1996, nº 621, pág. 6505-6506 que considera que ello supone una contradicción con el principio de interpretación de las normas de la forma más favorable a la capacidad del menor que establece el art. 2.2 del mismo texto legal. Sin embargo, el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 no interpreta una norma de forma contraria a este principio sino que es una norma en sí misma.

consentimiento de los padres es irrelevante en aras a legitimar la intromisión cuando hay perjuicio del honor o del interés del menor con más motivo no podrán tenerse en cuenta sus actos para rebajar el grado de protección del derecho al honor del menor<sup>703</sup>.

Sin embargo, de igual forma que no toda información relativa a un personaje público tiene relevancia pública, también puede suceder que una persona que no tiene notoriedad pública participe de un asunto de interés general<sup>704</sup>. Es posible que un menor de edad no realice actividad pública ninguna y, sin embargo, le afecte puntualmente una información de interés público por lo que se convierta en una persona noticia. En este caso puede verse comprometido el honor o la intimidad del menor por lo que deberá seguirse la fórmula de la no identificación para conjugar el derecho a la libertad de información y el interés del menor pues lo contrario vulneraría el libre desarrollo de su personalidad.

Por otra parte, para que prime la libertad de información es preciso que la información sea veraz. La veracidad no es equiparable a la verdad puesto que al exigirse el requisito de la veracidad no se requiere que la información sea verdadera sino que se impone un especial deber de diligencia en la razonable comprobación de la verdad de los hechos<sup>705</sup>. Es posible que una información objetivamente falsa quede al amparo de las libertades del art. 20 CE siempre que haya habido un mínimo de diligencia en la comprobación de los hechos y no se

---

<sup>703</sup> Así el Tribunal Constitucional en la STC 197/1991 de 17 de octubre donde sostiene que plantear la verdadera filiación de un menor de edad y la existencia de un proceso ilícito de adopción es un ataque al honor y la intimidad de dicho menor no siendo obstáculo para ello “que la madre ejerza una profesión de notoriedad pública en el mundo del espectáculo, *ni le imputa que con su propia conducta haya contribuido a la difusión de noticias sobre hechos de su vida privada*”.

En contra, la SAP de Barcelona de 13 de septiembre de 1991 que sobre el mismo tema sostiene que no hay intromisión porque los datos ya habían sido revelados por los representantes legales que no mantuvieron al margen la vida pública del menor por lo que la protección de sus derechos no puede limitar la libertad de expresión. Sin embargo, dicha sentencia fue revocada por el Tribunal Supremo en STS de 7 de diciembre de 1995.

<sup>704</sup> JAÉN VALLEJO, Manuel; *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Madrid, 1992, pág. 49.

<sup>705</sup> Así, STC 15/1993 de 18 de enero y STC 6/1988 de 21 de enero.



haya actuado con manifiesto desprecio de la verdad dando por cierto lo que no son más que rumores.

Ahora bien, en el ámbito del menor de edad, no es suficiente que la información sea veraz para que prime sobre el honor y la intimidad del menor. En efecto, el art. 4 de la ley orgánica 1/1996 dice que no puede difundirse el nombre o la imagen del menor si con ello se menoscaba su honor o su interés. Además el art. 2 del mismo texto legal establece la primacía del interés del menor sobre cualquier otro interés que pueda concurrir. Por ello, en el conflicto entre libertad de información y derecho al honor y a la intimidad del menor debe darse preponderancia al interés del menor.

En efecto, debe existir un mayor grado de diligencia en relación a las informaciones que afectan a menores pues deberá actuarse con diligencia no sólo en la comprobación de la veracidad de los hechos sino en la comprobación de que dichos hechos, siendo veraces, no menoscaban el honor o la intimidad del menor ni perjudican el libre desarrollo de su personalidad<sup>706</sup>. Si ello es así existe una fórmula ya utilizada en relación al menor delincuente y apuntada por el art. 4 de la ley orgánica 1/1996 que puede ser aquí de utilidad. Se trata de la difusión de la información de interés público que afecta al menor sin proporcionar datos que permitan identificarlo pues ello, siendo innecesario para la consecución del interés público, puede menoscabar sus derechos.

En el ordenamiento jurídico italiano se exige para ejercer legítimamente la libertad de información, además del interés público y de la diligencia, “la forma civile o leale chiarezza”<sup>707</sup>. Ello puede ser de gran utilidad en el análisis de cómo

---

<sup>706</sup> Por ello, el grado de responsabilidad de los medios de comunicación en relación a informaciones falsas sobre menores de edad tiende a objetivarse. En contra, SALVADOR CODERCH, P.: *¿Qué es difamar? Libelo contra la ley del libelo*, cit., pág. 52 y ss donde critica que pudiera interpretarse que existe una responsabilidad objetiva de los medios por difundir informaciones falsas aunque se haya actuado con diligencia si bien en *El mercado de las ideas*, cit., pág. 247-248 reconoce el autor que con el significado que el Tribunal Constitucional ha atribuido al término veraz se soluciona el problema pues se atiende al criterio de la diligencia.

<sup>707</sup> Así se establece en las sentencias del Tribunale de Cassazione de 18 de octubre de 1984, de 30 de junio de 1984, de 11 de febrero de 1981 y en las del Tribunale di Roma de 14 de julio de 1989 y 22 de abril de 1989, recogidas y comentadas en RICCIUTO, Vincenzo-ZENOCOVICH, Vincenzo; *Op. Cit.*, Padova, 1990, pág. 6 y ss.

debe ejercerse la libertad de información en relación a noticias que afectan al menor de edad. La forma civil hace referencia a la necesidad de que el informador actúe conforme a criterios de ética profesional<sup>708</sup>.

En nuestro ordenamiento la libertad de información está limitada por la moral pública entendida como aquellas condiciones que desde el punto de vista ético debe reunir el comportamiento humano según un criterio laico mayoritario en la sociedad<sup>709</sup>. Es decir, el informador, más allá del interés público de la noticia y la diligencia en el tratamiento de las informaciones, debe actuar conforme a criterios éticos.

La “leale chiarezza” o moral pública se concreta en relación a informaciones que afectan a menores de edad en la necesidad de tomar determinadas medidas cuando la información, pese a ser de interés público, ser veraz y transmitirse por los cauces ordinarios de comunicación, puede igualmente menoscabar el libre desarrollo de la personalidad del menor dado que éste se ve afectado en mayor medida que un adulto por la presión mediática.

Aunque el ordenamiento jurídico español no ofrece respuesta unitaria a cuáles deben ser esas medidas, sí establece una serie de pautas para el tratamiento de informaciones relativas a menores de edad delincuentes<sup>710</sup> y para el supuesto de menores que han sido víctimas de la pornografía infantil<sup>711</sup>. En

---

<sup>708</sup> No hay forma civil cuando falta la “leale chiarezza”, esto es, cuando el informador con el fin de evitar cualquier responsabilidad recurre a los sobreentendidos, a las indirectas, a la dramatización sistemática de hechos neutros, a las insinuaciones,... de tal forma que se produce igualmente un perjuicio en el honor. Así, RICCIUTO, V.-ZENO-ZENCOVICH, V.; *Op. Cit.*, pág. 6 y ss.

<sup>709</sup> LLAMAZARES CALZADILLA, M. C.; *Op. Cit.*, pág. 308-309.

<sup>710</sup> La Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero de responsabilidad penal de los menores dice en su art. 35.2: “El Juez podrá acordar, en interés de la persona imputada o de la víctima que las sesiones no sean públicas y en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación”.

<sup>711</sup> El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, celebrado en Nueva York el 25 de mayo de 2000 (BOE 31 enero 2002, nº 27) dice en su art. 8.1 e) que los Estados adoptarán las medidas necesarias en todas las fases del proceso para “proteger debidamente la intimidad e identidad de los niños víctimas y adoptar medidas de conformidad con la legislación nacional para evitar la divulgación de información que pueda conducir a la identificación de esas víctimas”.

ambos casos, tanto cuando el menor es víctima de un delito como cuando es quien lo ha cometido, el ordenamiento prevé la necesidad de que el menor no sea identificado como una forma de protección de su honor y su intimidad. Por tanto, para evitar un perjuicio en su honor o intimidad que dificulte el libre desarrollo de su personalidad, deberá evitarse la identificación del mismo en informaciones que le conciernan, incluso cuando está justificada la difusión de la noticia por darse los criterios de ponderación exigidos para ejercer legítimamente la libertad de información. Así sucedió en la SAP de Barcelona de 1 de junio de 1999 en la cual se analizaba cuál debía ser el tratamiento de la información y las imágenes de menores de edad que han sido víctimas de una red de prostitución infantil. El Ministerio Fiscal sostenía que, pese a que las imágenes difundidas de los menores se habían distorsionado con bandas negras en los ojos, se habían vulnerado los derechos de los menores. Sin embargo, la Audiencia Provincial entendió que no se había producido una intromisión ilegítima en sus derechos porque “no sólo es que se disimulen los rostros de los menores víctimas de los delitos, sino es que las propias imágenes parecen datar de épocas algo anteriores a las de publicación del reportaje (...) lo que dificulta notablemente su identificación por la imagen dado el desarrollo evolutivo constante de los niños, sino que la utilización siempre de las iniciales también abunda en el mismo sentido, al igual que la exquisitez y respeto con que se alude a ellos en todo el trabajo periodístico”. Es decir, el criterio que debe seguirse es que, siendo la información de interés público y veraz, los derechos del menor no quedan menoscabados si no se difunde la identidad del menor a través de una imagen reconocible o de su nombre y apellidos completos<sup>712</sup> y si ésta se presenta conforme a criterios éticos de profesionalidad.

Ahora bien, el objetivo último del principio de no identificación del menor es la salvaguarda de su interés por lo que en aquellos casos en que precisamente sea necesaria la identificación para proteger al menor, ésta quedará justificada. Así se entendió por el Tribunal Supremo en STS de 11 de septiembre de 1997

---

<sup>712</sup> En igual sentido la SAP de Vizcaya de 18 de mayo de 2000 que considera que al difundir las imágenes de una madre y su hijo en el marco de un reportaje sobre el alcoholismo durante el embarazo como causa de malformaciones y deficiencias en el feto se vulnera el derecho al honor de la madre y el hijo por cuanto era innecesario para transmitir la información, que sí tenía interés público, identificar a los sujetos implicados.

que analizaba un supuesto en que una agencia de detectives privados, que había sido contratada para encontrar a una menor que había desaparecido del domicilio familiar, difundió en los medios de comunicación la identidad de la menor junto con algunas pistas que la relacionaban con una red de prostitución con la finalidad de avanzar en la investigación y encontrar a la menor que, según todo parecía indicar, se encontraba en una situación de peligro<sup>713</sup>.

Por otra parte, el informador debe actuar conforme a criterios éticos y evitar presentar la información relativa al menor de forma tal que perjudique su honor o su intimidad, especialmente cuando la exposición de los hechos, pese a que nada se dice expresamente por el informador, conduce naturalmente al espectador a conclusiones erróneas. Así la SAP de Vizcaya de 2 de enero de 2001 en la que se expone un supuesto de la imagen de un recién nacido y su madre grabadas con motivos de ser el primer nacimiento del año en el marco de un reportaje sobre la transmisión del sida al feto durante el embarazo por lo que la conclusión a la que llegaba el espectador era que madre e hijo eran seropositivos sin que el informador lo dijera expresamente en ningún momento. En similar sentido la SAP de Vizcaya de 18 de mayo de 2000 donde se considera que difundir la imagen de dos menores de edad en el marco de un reportaje sobre las malformaciones del feto causadas por el consumo de alcohol durante el embarazo constituyen una intromisión ilegítima en el honor.

En conclusión, respecto de informaciones relativas a menores de edad no será suficiente la aplicación de los criterios de ponderación establecidos por el Tribunal Constitucional para resolver el conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor. En aquellos supuestos en los que está legitimada la difusión de determinada información porque se dan los criterios exigidos no podrá publicarse sin más la información cuando con ello se menoscabe el honor o el interés del menor. Será preciso en este caso atender al principio de no identificación del menor puesto que los datos que permiten la identificación no sirven al interés público de la noticia y no contribuyen a la formación de la opinión

---

<sup>713</sup> Afirmó el Tribunal Supremo que “no cabe imputar a la actuación divulgadora de los demandados ningún propósito intencional de perjudicar, de algún modo, la honorabilidad y probidad del expresado matrimonio o de su hija, sino más bien, la de contribuir a facilitar la localización de la menor”.

pública. Además, dándose aquellos requisitos, deberá tratarse la información conforme a criterios éticos de profesionalidad y respeto al menor.

## **5. EL CONSENTIMIENTO EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN.**

Los arts. 162 CC y 155 CF establecen que cuando el menor tenga madurez suficiente ejercerá por sí mismo sus derechos de la personalidad. El art. 3.1 de la ley orgánica 1/1982, en aplicación de esta regla general al ámbito concreto de los derechos al honor, intimidad y propia imagen, dice que “El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil”.

Por otra parte, el art. 2.2 de la ley orgánica 1/1982 establece que no existirá intromisión ilegítima cuando el sujeto titular del derecho al honor, intimidad y propia imagen preste el consentimiento a dicha intromisión. Por tanto, cuando de la aplicación de los criterios de ponderación entre las libertades del art. 20 CE y los derechos del art. 18 CE resulta que deben primar estos últimos será posible informar sobre dicha situación cuando el titular de los derechos al honor, intimidad y propia imagen preste su consentimiento pues éste legitima la intromisión.

De todo lo dicho se desprende que cuando el menor tenga madurez suficiente, es decir, a los doce años, podrá consentir por sí mismo intromisiones en sus derechos de forma que legitime informaciones que de otro modo no quedarían amparadas por las libertades del art. 20 CE. Así sucedió claramente en la STS de 19 de julio de 2000 donde se enjuiciaba un supuesto en que un menor consintió en participar en un concurso de televisión en el cual la sanción cada vez que se perdía era quitarse una prenda de ropa. El Tribunal entendió que el menor, con dieciséis años y novia, tenía madurez suficiente para prestar el consentimiento a la aparición en dicho concurso.

Por el contrario, la SAP de Madrid de 23 de mayo de 1997 consideró que un menor con catorce años que apareció en un programa de televisión para explicar las agresiones que sufrió por otros jóvenes y los conflictos familiares graves que tenía no tenía madurez suficiente para consentir dicha intromisión porque sufría un ligero retraso mental, si bien cuando el caso llegó al Tribunal

Supremo<sup>714</sup> se entendió que sí existía madurez para consentir por lo que la intromisión era legítima. En realidad las discrepancias entre los tribunales partían de que, aunque pudiera aceptarse la madurez del menor, era evidente que la intromisión consentida era manifiestamente contraria al interés del menor por lo que la Audiencia Provincial opta por dar relevancia al ligero retraso mental del menor negando su madurez para consentir y así considerar ilegítima la intromisión, mientras que el Tribunal Supremo prima la madurez del menor a pesar de que ello tenga consecuencias negativas para el menor. Hay que tener en cuenta que no era aplicable al caso el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 que da una solución a este problema porque, aunque en el momento de dictar las sentencias estaba vigente, los hechos acaecieron antes de su promulgación.

En efecto, la ley orgánica 1/1996 ha modificado la situación legal anterior a su publicación pues establece en su art. 4.3 que es “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”. Por tanto, incluso cuando el menor tiene madurez suficiente para prestar el consentimiento, la intromisión será ilegítima si atendiendo a criterios objetivos, perjudica los bienes jurídicos de la personalidad del menor<sup>715</sup>, es decir, el consentimiento no legitima siempre la intromisión<sup>716</sup>.

---

<sup>714</sup> STS de 26 de marzo de 2003.

<sup>715</sup> Es preferible hablar de bienes jurídicos de la personalidad y no de derechos de la personalidad porque el menor ejercer su derecho de la personalidad de forma tal que lesiona los bienes jurídicos de la personalidad subyacentes en ellos.

<sup>716</sup> La previsión del legislador es claramente el resultado de determinados casos en que el menor había prestado el consentimiento a una edad que hacía presumir su madurez y, en cambio, las intromisiones eran claramente contrarias a su interés. Así, la SAP de Madrid de 23 de mayo de 1997 donde el tribunal no aplica el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 porque los hechos ocurrieron antes de su promulgación pero llega a la misma conclusión, en una clara evidencia de que tiene dicho precepto en mente, alegando que el menor no tiene suficiente madurez debido a un ligero retraso mental y que la aparición del menor es irrelevante en aras a la formación de la opinión pública. Sin embargo, el Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia Provincial en STS de 26 de marzo de 2003 por considerar que el menor tenía madurez suficiente para consentir aunque la intromisión le cause un grave perjuicio en su interés.

En cambio, la STS de 19 de julio de 2000 entiende que un menor de dieciséis años tiene madurez suficiente para consentir su aparición en un concurso de televisión en que debía irse desprendiendo de prendas de vestir y que, aunque la ley orgánica es posterior a los hechos

Cuando el menor no tiene madurez suficiente los padres no podrán ejercer los derechos de la personalidad pues éstos quedan fuera del ámbito de la representación legal (arts. 162 CC y 155 CF) salvo que una ley disponga lo contrario de forma excepcional. Esto es lo que sucede con los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen pues el art. 3.2 de la ley orgánica 1/1982 establece que cuando el menor no tenga capacidad natural “el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estaría obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiese, resolverá el Juez”. Por otra parte el art. 154 CC y 133.1 CF establecen que la patria potestad debe ejercerse siempre en beneficio de los hijos y fomentando siempre el libre desarrollo de la personalidad del menor de tal manera que los representantes legales sólo pueden consentir intromisiones en los bienes jurídicos de la personalidad del menor cuando ello no suponga un menoscabo de su interés.

De todo ello se deduce que, si la representación legal está permitida excepcionalmente en el ámbito de los derechos al honor, intimidad y propia imagen, está sometida también a una serie de controles y principios de actuación. En efecto, cualquier consentimiento a intromisiones en el honor, intimidad y propia imagen del menor realizado por los representantes debe ser comunicado al Ministerio Fiscal que se encargará de determinar si efectivamente los padres o tutor han actuado conforme al interés del menor.

Pero además del control previo del Ministerio Fiscal existe un control *a posteriori* pues el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 dice que es “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*”. Por tanto, cuando los representantes legales consienten una intromisión en el honor, la intimidad o la propia imagen que

---

descritos por lo que no es aplicable, de serlo no comportaría la consideración de la intromisión como ilegítima por cuanto no se había menoscabado el interés del menor.

perjudica los bienes jurídicos de la personalidad del menor, su consentimiento debe considerarse irrelevante en aras a legitimar la intromisión. La disponibilidad de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen que puedan hacer los representantes legales queda siempre supeditada a que efectivamente la intromisión consentida no suponga un menoscabo del interés del menor pues de lo contrario estaremos ante una intromisión ilegítima que dará lugar a la actuación del Ministerio Fiscal<sup>717</sup>.

Es interesante traer a colación aquí la SAP de Valencia de 1 de marzo de 2003 pues en ella se analizaba un supuesto en que una madre había aparecido en un programa de televisión explicando que había sido acusada de abusar sexualmente de uno de sus ocho hijos menores de edad a los que se mostraba en una fotografía en la que eran perfectamente reconocibles. El hijo que supuestamente había sufrido abusos tenía ocho años de edad por lo que la madre era su representante legal. Sin embargo, el consentimiento de la madre es irrelevante, en parte porque no consta que se hubiera comunicado la aparición de la fotografía al Ministerio Fiscal<sup>718</sup>, en parte porque las afirmaciones de la madre constituyen una manifiesta vulneración de los bienes jurídicos de la personalidad del menor<sup>719</sup> y en parte porque el consentimiento se ha prestado en el marco de una actuación incorrecta de la representación legal por ser contraria al respeto del interés del menor y el libre desarrollo de su personalidad<sup>720</sup>. El Tribunal entiende aplicable el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 pues los hechos ocurrieron cuando ésta ya estaba vigente de manera que el consentimiento de la madre es irrelevante en aras a legitimar la intromisión en el derecho al honor, la intimidad y la imagen de los hijos, en especial del que había presuntamente sufrido malos tratos y que contaba solamente con ocho años de edad<sup>721</sup>.

---

<sup>717</sup> En relación a la disponibilidad del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen hay que tener en cuenta que ésta comporta como regla general una vulneración del interés del menor cuando se realiza sobre el honor mientras que ellos se produce en menor medida cuando se dispone de la intimidad del menor y sólo en casos muy concretos de disposición de la imagen del menor.

<sup>718</sup> Art. 3.2 de la ley orgánica 1/1982.

<sup>719</sup> Art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996.

<sup>720</sup> Arts. 154 CC y 133.1 CF.



Sin embargo, este caso nos lleva a plantear la cuestión de si los representantes legales pueden consentir una intromisión en su propia intimidad cuando con ello perjudican el interés de sus hijos menores. Ha quedado claro que no se puede ejercer el derecho al honor, intimidad y propia imagen de los hijos cuando ello comporta un perjuicio de sus bienes jurídicos de la personalidad hasta el punto de que, si se consiente por los representantes una intromisión de este tipo, ésta será considerada ilegítima pero lo que ahora se plantea es qué ocurre cuando los representantes están ejerciendo un derecho propio y no el derecho del hijo.

Pues bien, la respuesta a esta pregunta debe venir presidida por la idea de que la condición de titular de la patria potestad es inseparable de la persona y que el art. 39 CE conmina a los padres a prestar ayuda de todo tipo a los hijos y que los arts. 154 CC y 133.1 CF establecen que la patria potestad debe ejercerse en beneficio del hijo y de acuerdo con su personalidad. Ello tiene como consecuencia que los padres vienen limitados en el ejercicio legítimo de su derecho a la intimidad y la disposición del mismo por la función social que están llamados a cumplir como titulares de la patria potestad por lo que deben actuar de forma tal que no pongan en peligro la intimidad de los hijos.

Es evidente que en el supuesto de la SAP de Valencia de 1 de marzo de 2003 y en palabras del tribunal “la difusión de aspectos de la vida privada familiar relativos a la madre y hermanos de una persona de tanta gravedad, pues no debemos olvidar que nos hallamos ante un delito de abuso sexual continuado perpetrado por la madre en la persona de su hijo de ocho años, caen de lleno en el ámbito de la esfera de protección del derecho a la intimidad, como hemos indicado al reseñar la doctrina emanada del Tribunal Constitucional sobre la materia, y *su difusión constituye una intromisión ilegítima en la intimidad, pues no*

---

<sup>721</sup> La SAP de Madrid 23 de mayo de 1997 y la STS de 26 de marzo de 2003 plantean, en apelación y casación, un supuesto parecido pues se enjuiciaba la aparición de una madre y su hijo en un programa de televisión para explicar las agresiones por el menor de catorce años y las conflictivas relaciones familiares que mantenían. Con independencia de que la Audiencia Provincial consideró que existía intromisión ilegítima y el Tribunal Supremo no, en ambos casos los tribunales estaban limitados por el hecho de que los hechos habían ocurrido con anterioridad a la promulgación de la ley orgánica 1/1996 por lo que su art. 4.3 no era aplicable.

*sólo (C. M.), sino todos los hermanos tienen derecho a que no se conozca por la población en general los hechos que ocurrían en el seno de su familia que pueden acarrearles perjuicios para su desarrollo personal y vida social”.*

#### **6. LA STC 197/1991 DE 17 DE OCTUBRE DE 1991.**

Es interesante traer a colación la STC 197/1991 de 17 de octubre de 1991 porque, a pesar de ser anterior a la promulgación de la ley orgánica 1/1996 analiza un supuesto de intromisión en el derecho al honor y la intimidad del menor. En ella se estudia la posible vulneración del derecho al honor y a la intimidad de la publicación de la filiación biológica de los hijos adoptivos de una conocida actriz afirmando que el “hijo adoptivo de Sara Montiel fue adquirido en Alicante” y que su madre biológica trabajaba en una barra americana. El argumento esgrimido por la revista consiste en entender que lo relevante para decidir si debe primar la libertad de información o el derecho del menor es la veracidad de lo publicado mientras que el conflicto entre la libertad de información y la intimidad debe resolverse atendiendo a la existencia de interés público en la noticia que contribuya a formar la opinión pública. En cambio, los padres adoptivos sostienen que se había producido el supuesto de intromisión ilegítima del art. 7.3 de la ley orgánica 1/1982 porque es irrelevante la veracidad de los hechos en aras a determinar la existencia de intromisión ilegítima en el honor.

El Tribunal Constitucional recoge la posición del Tribunal Supremo que afirmaba que “la intrusión en el honor o en la intimidad es independiente de la veracidad o falsedad de la imputación” y que “El derecho que cada uno tiene a que se respete su vida privada garantiza la inviolabilidad de su vida privada y merece también protección de la personalidad frente a publicación indebida de hechos particulares o familiares, aunque no sean secretos, prescindiendo de si son ciertos o inciertos”. El Tribunal Constitucional entiende que no es defendible la *exceptio veritatis* porque “lo que se había planteado en el proceso civil era la divulgación de unos hechos de la vida privada de los demandantes, divulgación que suponía, para los actores, una intromisión ilegítima en su vida privada y además ofensiva y lesiva de su reputación”<sup>722</sup>. En definitiva, el supuesto del art.

7.3 de la ley orgánica 1/1982 presupone la veracidad de los hechos que lesionan el honor pues de lo contrario no se estaría ante supuestos de la vida privada. Aunque los datos proporcionados sobre la filiación biológica y la adopción fueran ciertos, ello no impediría afirmar la efectiva vulneración del honor del menor. Únicamente cabría aceptar la publicación de la noticia cuando, pese a pertenecer al ámbito de la vida privada, ésta tuviera interés público (por ejemplo, existencia de adopción ilegal o tráfico de menores) pero aún en este caso debería estarse a un código de actuación en aras a la protección del menor implicado (informar no es identificar).

Pese a que la STC 197/1991 hace referencia a la protección de la juventud y de la infancia<sup>723</sup>, aquella fue dictada antes de la promulgación de la ley orgánica 1/1996 por lo que se resuelve sin tener las pautas que ésta proporciona. Para analizar el caso hoy debería tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 7.3 de la ley orgánica 1/1982 y lo establecido en el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996. Los hechos descritos en la sentencia suponían una divulgación de hechos relativos a la vida privada pero también la divulgación del nombre de forma contraria al honor y al interés del menor por lo que, sin lugar a dudas, se produjo una intromisión ilegítima.

En efecto, el hecho de que el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 introduzca la referencia al nombre y a la imagen nos ha hecho concluir que en realidad pretende protegerse la identidad del menor incluso en aquellos casos en que el interés público de la noticia hace que deba primar la libertad de información para

---

<sup>722</sup> Sostiene también la irrelevancia de la *exceptio veritatis* en el supuesto del art. 7.3 de la ley orgánica 1/1982 CABEZUELO ARENAS, A.L.; *Op. Cit.*, pág. 115-117. En contra, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.; "Jurisprudencia reciente...", cit., pág. 10-11.

En relación al supuesto del art. 7.7 de la ley orgánica 1/1982 consideran irrelevante la verdad de los hechos CABEZUELO ARENAS, A.L.; *Op. Cit.*, pág. 114 y ss., VIDAL MARÍN, T.; *Op. Cit.*, pág. 124 y LÓPEZ DÍAZ, E.; *Op. Cit.*, pág. 125 y ss. En contra, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.; "Jurisprudencia reciente...", cit., pág. 11 y SALVADOR CODERCH, P.; *¿Qué es difamar? Libelo...*, cit., pág. 48 y ss. y *El mercado de las ideas*, cit., pág. 243-244.

<sup>723</sup> En el fundamento jurídico 6º *in fine* el Tribunal Constitucional afirma que "la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afectan a su reputación y buen nombre, así como la publicidad en la prensa de expresiones o hechos concernientes a esa persona, principalmente al hijo de los demandantes, supuso difamación y desmerecimiento de la condición ajena, teniendo en cuenta la protección a la juventud y a la infancia (recogida en el art. 20.4 CE) y el mandato constitucional de la protección integral de los hijos con independencia de su filiación (art. 39 CE)".

que así no pueda relacionarse la noticia con el menor protagonista de ella. Por ello, incluso si hubiera sido cierta la ilegalidad de la adopción, por aplicación de la ley orgánica 1/1996 deberían haberse ocultado el nombre, la imagen pero también cualquier otro dato que pudiera revelar la identidad del menor adoptado. Y es evidente que hablar de los hijos adoptivos de Sara Montiel, dada la notoriedad pública de la artista, permite identificar a los menores afectados por la supuesta adopción ilegítima. Por tanto, no se siguió aquí un código de conducta adecuado para valorar el conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor y la intimidad del menor pues no era necesario revelar la identidad del menor para informar.

Con la divulgación de los hechos indicados se provocó una presión social y mediática sobre el menor de edad a todas luces contraria al libre desarrollo de su personalidad y de su autoestima lo cual lleva a afirmar, en base al art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996, que existe una intromisión ilegítima en el derecho al honor del menor y una vulneración en su interés. No cabe afirmar, como pretendía la revista, que los actos propios de la actriz suponen una restricción del ámbito de protección de los derechos perjudicados pues, si bien ello es cierto en relación a los derechos de la artista, no lo es respecto de los de sus hijos<sup>724</sup>. En efecto, los actos propios de los representantes legales no podrán tenerse en cuenta desde la perspectiva del art. 2.1 de la ley orgánica 1/1982 cuando supongan una restricción del ámbito de protección del derecho. Si para permitir la prestación del consentimiento a la intromisión en el derecho del menor el art. 3.2 de la ley 1/1982 exige tantas garantías formales y el art. 4.3 de la ley 1/1996 sostiene que nunca ese consentimiento podrá ser perjudicial para el menor porque en ese caso aquél sería irrelevante en aras a legitimar la intromisión con mayor motivo debe aplicarse la misma idea a los actos propios que no suponen ni siquiera un consentimiento ni tienen garantía formal alguna.

## **7. INTERNET Y MENOR DE EDAD.**

---

<sup>724</sup> Así el Tribunal Constitucional que el el Fto Jco 6º dice que, cualquiera que hayan sido las manifestaciones o declaraciones en prensa de sus padres, existe intromisión ilegítima en el honor del menor pues “No es obstáculo para ello el que la madre ejerza una profesión de notoriedad pública en el mundo del espectáculo, ni le imputa que con su propia conducta haya contribuido a la difusión de noticias sobre hechos de su vida privada”.

Internet no sólo no conoce fronteras sino que ninguna autoridad, entidad o institución la controla por lo que nadie gobierna Internet<sup>725</sup>. La generalización del uso de Internet, su fácil acceso y la progresiva utilización por menores ha generado una creciente preocupación por los contenidos delictivos<sup>726</sup> que circulan en la red.

Hay que diferenciar, sin embargo, entre contenidos ilícitos y contenidos nocivos. Son contenidos ilícitos los que en sí mismos constituyen delito y son merecedores de sanción penal en el ámbito de aplicación de la ley vigente en cada Estado mientras que son contenidos nocivos aquéllos que, sin ser delictivos, pueden resultar ofensivos o inadecuados para el destinatario porque expresan opiniones políticas, creencias religiosas, juicios de valor o se refieren a cuestiones de índole sexual por lo que pueden vulnerar la sensibilidad de terceros<sup>727</sup>. A los efectos que aquí interesan es relevante la distinción pues mientras que en los contenidos ilícitos el menor es víctima de una intromisión ilegítima en sus derechos, siendo parte activa directa o indirectamente del contenido ilícito, en los contenidos nocivos el menor participa solamente en tanto que espectador por lo que no es víctima de intromisión alguna en su honor, intimidad o imagen sino que simplemente se considera que los contenidos nocivos pueden perjudicar el libre desarrollo de su personalidad. Por ello, interesa estudiar aquí los contenidos ilícitos por cuanto es a través de ellos como se vulneran los derechos del menor. En efecto, el honor, la intimidad y la imagen del menor sólo se ven afectados cuando aquél participa directa o indirectamente en la actividad mostrada en la red pero no cuando es un mero espectador externo de la misma sin perjuicio de que ello pueda ser contrario al libre desarrollo de su personalidad.

---

<sup>725</sup> LÓPEZ ORTEGA, Juan José; "Libertad de expresión y responsabilidad por los contenidos en Internet", en *Internet y Derecho Penal* (Cuadernos de Derecho Judicial), Madrid, 2001, pág. 87.

<sup>726</sup> LÓPEZ ORTEGA, J.J.; *Op. Cit.*, pág. 91.

<sup>727</sup> MARTÍN-CASALLO LÓPEZ, Juan; "Internet y pornografía infantil", en *Actualidad Informática Aranzadi*, julio, 2001, págs. 3-4, MORALES PRATS Fermín; "El Derecho penal ante la pornografía infantil en Internet" en *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet* (Coord. MORALES PRATS, Fermín- MORALES GARCÍA, Óscar), Cizur Menor, 2002, pág. 116 y ss. y LÓPEZ ORTEGA, J.J.; *Op. Cit.*, pág. 96.

La pornografía infantil y la difamación del menor son contenidos ilícitos contrarios al honor, a la intimidad o la propia imagen que pueden encontrar en Internet una nueva vía de difusión porque ésta permite la transmisión de información a gran distancia, la no identificación del remitente, la identificación ficticia,...<sup>728</sup> si bien en la práctica tiene un grado de presencia en la red mucho más preocupante la pornografía infantil que la difamación de menores de edad.

El art. 2 c) del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, celebrado en Nueva York el 25 de mayo de 2000<sup>729</sup> define la pornografía infantil como “toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”.

De esta definición se desprende que el menor debe participar en la actividad con un comportamiento sexualmente provocador por lo que quedarían fuera de la pornografía infantil aquellas imágenes que no tuvieran tales connotaciones<sup>730</sup>. No es necesario, sin embargo, que el menor participe de forma directa en la actividad pornográfica mostrada sino que basta que aparezca en la imagen como mero espectador de la misma<sup>731</sup>. También es punible la llamada pseudopornografía, esto es, aquellas imágenes en las que han participado sólo adultos pero en las que se ha introducido la imagen del menor a través de medios técnicos<sup>732</sup>. Sin embargo, no es perseguible la pornografía técnica, es decir,

---

<sup>728</sup> MORALES PRATS, F.; “El derecho penal ante la pornografía infantil en Internet”, cit., pág. 99-100.

<sup>729</sup> BOE 31 enero 2002, nº 27.

<sup>730</sup> TAMARIT SUMALLA, Josep Maria; *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual. Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, Cizur Menor, 2002, pág. 106-107 y MORALES PRATS, Fermín-GARCÍA ALBERO, Ramón; *Comentarios a la parte especial del Derecho penal* (Coord. MORALES PRATS, Fermín-QUINTERO OLIVARES, Gonzalo), Cizur Menor, 2002, pág. 371.

<sup>731</sup> MORALES PRATS, F.-GARCÍA ALBERO, R.; *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 371.

aquellas imágenes pornográficas en las que participan únicamente adultos a los que a través de medios técnicos se les da apariencia de menores<sup>733</sup>.

Ello es lógico si tenemos en cuenta que con la persecución de la pornografía infantil se busca proteger los bienes jurídicos a la imagen, la intimidad y el honor del menor y no su libertad sexual<sup>734</sup>. Así lo pone de manifiesto el hecho de que el consentimiento del menor legitima la práctica de relaciones sexuales a partir de una determinada edad mientras que el consentimiento del menor es irrelevante en relación a su intervención en la producción de material pornográfico<sup>735</sup>. En efecto, el art. 4.3 de la ley orgánica 1/1996 establece la irrelevancia del consentimiento del menor en relación a intromisiones en su honor, intimidad y propia imagen cuando éstas son contrarias a su honra o reputación o al libre desarrollo de su personalidad. Cuestión diferente es que además de una intromisión ilegítima en el honor, la intimidad y la propia imagen se produzca una vulneración de la libertad sexual del menor en cuyo caso estaríamos ante un concurso de delitos. Así en un supuesto de pseudopornografía en el que el menor no participa realmente en ninguna escena de contenido sexual sino que su imagen se inserta posteriormente a través de medios técnicos se vulnera el honor, la intimidad y la imagen del menor pero no su libertad sexual. En cambio, en un caso de pornografía infantil en el que el menor participa en la escena sexual se vulnera su honor, intimidad y propia imagen pero también su libertad sexual. Por ello, en los supuestos de pornografía técnica ni se vulnera la libertad sexual ni se vulnera la imagen, intimidad u honor del menor pues la imagen no se corresponde con la de ningún menor real por lo que ningún menor ha participado en la escena sexual ni se usa la imagen de ningún menor para introducirla técnicamente en la escena.

---

<sup>732</sup> MORALES PRATS, F.-GARCÍA ALBERO, R.; *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 372, TAMARIT SUMALLA, J.M.; *Op. Cit.*, pág. 109, MORALES PRATS, F.; “El derecho penal ante la pornografía infantil en Internet”, cit., pág. 104.

<sup>733</sup> MORALES PRATS, F.-GARCÍA ALBERO, R.; *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 371-372, TAMARIT SUMALLA, J.M.; *Op. Cit.*, pág. 109, y MORALES PRATS, F.; “El derecho penal ante la pornografía infantil en Internet”, cit., pág. 103.

<sup>734</sup> MORALES PRATS, F.; “El derecho penal ante la pornografía infantil en Internet”, cit., pág. 104 y MORALES PRATS, F.-GARCÍA ALBERO, R.; *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 372.

<sup>735</sup> MORALES PRATS, F.-GARCÍA ALBERO, R.; *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 372.

La difusión de pornografía infantil en Internet comporta una fuerte dificultad en la persecución de tales actividades en parte porque la información se transmite con mucha rapidez y en parte porque los actos ilícitos suelen realizarse al amparo de legislaciones de Estados muy permisivos con estas prácticas aunque ello comporte que desde cualquier lugar del mundo pueda accederse a esa información a través de la red. Lo mismo sucede en el caso de la difamación del menor por cuanto esta forma de ataque al honor supone una serie de fenómenos sucesivos ligados entre sí que pueden suceder en lugares diferentes. Por ello, la doctrina entiende que, cuando nos hallamos ante un contenido ilícito como la pornografía infantil o la difamación del menor no estamos ante un delito inherente a una cultura y sociedad concreta sino ante delitos que afectan a valores universalmente compartidos por lo que la competencia de los Estados no responde al principio de territorialidad sino al de justicia universal<sup>736</sup>.

Además, el legislador ha promulgado la ley 34/2002 de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico<sup>737</sup>. En el art. 8.1 de la ley se establece que cuando un determinado servicio ofrecido en la red sea contrario a la dignidad de la persona o a la juventud y la infancia, podrá ser

---

<sup>736</sup> SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel-BLANCO CORDERO, Isidoro; "Problemas de derecho penal internacional en la persecución de delitos cometidos a través de Internet", en *Actualidad Penal*, 2002, nº 7, pág. 185,

En la doctrina italiana se llega a similares conclusiones considerando que estamos ante delitos de peligro y no de resultado por lo que basta con que uno de los delitos se haya producido en Italia para que este Estado sea competente. Así, TABARELLI DE FATIS, Stefania; "La controvertida regulación jurídico-penal de la difamación a través de Internet", en *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet* (Coord. MORALES PRATS, Fermín-MORALES GARCÍA, Óscar), Cizur Menor, 2002, pág. 82-91.

En la legislación internacional también el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, celebrado en Nueva York el 25 de mayo de 2000 (BOE 31 enero 2002, nº 27) dice en su art. 3.1 que los Estados deberán perseguir este tipo de delito "tanto si se han cometido dentro o fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente".

<sup>737</sup> En realidad la ley, como se dice en su Exposición de Motivos, es una trasposición de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio del 2000 relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información y de la Directiva 98/27CE del Parlamento Europeo y del Consejo 19 de mayo de 1998.

Ver también el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, celebrado en Nueva York el 25 de mayo de 2000 (BOE 31 enero 2002, nº 27), Decisión 375/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000, relativa a la lucha contra la pornografía en Internet



interrumpida la prestación del servicio o eliminados de él los datos que vulneren dichos principios<sup>738</sup>. Como puede observarse la ley utiliza la misma expresión que el art. 20.4 CE en relación a los límites a la libertad de información y expresión, la protección de la infancia y la juventud. Por ello como hacíamos en relación al art. 20.4 CE también aquí debemos interpretar la posible interrupción de todo contenido contrario al interés del menor, esto es, el libre desarrollo de la personalidad y sus derechos fundamentales. Además ello se desprende también de la interpretación integrada de la llamada a la protección de la dignidad de la persona y seguidamente de la juventud y la infancia.

La ley 34/2002 ofrece algunas medidas que pueden ser de gran utilidad en relación a la protección de los derechos del menor vulnerados por contenidos ilícitos que aparecen en la red.

Cuando se localiza una página de contenido contrario al honor, a la intimidad o la imagen del menor, podrá iniciarse una acción de cesación de la actividad dirigida a obtener sentencia que condene a la cesación de la conducta y a su reiteración en el futuro (art. 30 de la ley 34/2002). El art. 31 de la citada ley establece que la legitimación para iniciar dicha acción la tendrá cualquier persona física o jurídica que sea titular de un derecho o interés legítimo, grupos de consumidores y usuarios y sus asociaciones públicas o privadas y el Ministerio Fiscal<sup>739</sup>.

---

<sup>738</sup> Así también el art. 3.4 a) i) de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio del 2000 relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información

<sup>739</sup> El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, celebrado en Nueva York el 25 de mayo de 2000 (BOE 31 enero 2002, nº 27) insta a los Estados en su art. 9 a promover la sensibilización social en relación a este tipo de delitos. En igual sentido el art. 1 de la Decisión 375/2000 del Consejo de la Unión europea de 29 de mayo de 2000, relativa a la lucha contra la pornografía en Internet pues establece que los Estados tomarán medidas para animar a los usuarios de Internet a comunicar a las autoridades las sospechas sobre la difusión de material pornográfico en Internet.

La creación de un entorno más seguro en Internet supone la constitución de una red europea de centros que permiten a los usuarios denunciar los contenidos ilícito en la red. Así en Bélgica la Policía Judicial cuenta con una línea directa para ello, en Holanda los proveedores de acceso han establecido una línea especial para la denuncia de pornografía infantil en la red a través del Ministerio de Justicia, en el Reino Unido también hay un servicio de denuncias de pornografía infantil en Internet mediante una iniciativa denominada "R3 Safety Net" y en España el Cuerpo

En relación a la tutela de los derechos del menor que se hayan podido vulnerar debe entenderse que podrá iniciar acción de cesación de la actividad:

1º Los representantes legales del menor cuyos derechos hayan sido lesionados pues aunque no son titulares de los derechos sí tienen legitimación para defenderlos en juicio y tienen también un interés legítimo en que los bienes jurídicos de la personalidad del menor no sean vulnerados.

2º Instituciones públicas o privadas cuya finalidad sea la protección de los menores. Lógicamente no existe aquí un derecho subjetivo propio pero sí hay un interés legítimo en la protección del menor por cuanto se tiene asignada esta función social. Creemos que debe incluirse aquí la figura del Defensor del Menor pues, junto con el Ministerio Fiscal, es la institución pública que más directamente se encarga de la tutela de los menores. Por ello, aunque la ley 34/2002 no haga referencia a él de forma directa creemos que estará legitimado para interponer la acción de cesación en base a la llamada al interés legítimo.

3º. Asociaciones que tengan relación con menores por lo que ostenten un interés legítimo en su protección. Así sucedería con Asociaciones contra la pornografía infantil,...

Por otra parte, el art. 31 de la ley 34/2002 hace una llamada directa a la actuación del Ministerio Fiscal lo cual en relación a contenidos que lesionen el honor del menor no hace sino aplicar el mandato que recibe el Ministerio Fiscal en el art. 7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal<sup>740</sup>.

Sin embargo, ante la lentitud de los procesos judiciales, el art. 41 prevé una serie de medidas provisionales entre las que hay alguna que puede ser de gran utilidad para evitar contenidos ilícitos en la red que vulneren los derechos del menor.

---

Nacional de Policía y la Guardia Civil cuentan con líneas directas para este tipo de denuncias. Así lo recoge LÓPEZ ORTEGA, J.J.; *Op. Cit.*, pág. 101-102.

<sup>740</sup> Ley 50/1981, de 30 de diciembre.

Así, se prevé la posibilidad de suspender temporalmente la actividad de contenido ilícito o incluso el cierre del establecimiento del prestador de servicios. Cuando una prestación de servicios es manifiestamente contraria al derecho al honor, intimidad y propia imagen como sucedería en un caso de pornografía infantil en la red, no es necesario esperar al final del proceso para interrumpir el servicio sino que puede hacerse de forma provisional.

Además se podrá precintarse, depositar o incautarse de los registros, soportes, archivos informáticos y documentos en general así como de aparatos y equipos informáticos de todo tipo. Esta medida tiene una gran relevancia práctica puesto que, en la medida en que es muy fácil crear nuevas páginas de Internet, la interrupción de la prestación del servicio puede ser inútil si la Administración no se incauta de los materiales utilizados para prestar el servicio ilícito. En efecto, la interrupción de una prestación de servicios no impedirá prestar un nuevo servicio contrario a los derechos del menor si no se incautan los materiales utilizados para ello.

Sin embargo, junto a la rapidez y facilidad con que se crean páginas en la red, otro problema que presenta Internet para perseguir contenidos ilícitos es la mundialización de su funcionamiento lo cual en determinados casos puede dificultar la localización del prestador de servicios y, en consecuencia, la aplicación de la ley<sup>741</sup>. Por ello, se prevé en el art. 11 de la ley 34/2002 que los prestadores de servicios de intermediación deberán colaborar suspendiéndola en aquellos servicios respecto de los que el órgano competente haya ordenado la interrupción por tener un contenido ilícito<sup>742</sup> siendo responsables en caso

---

<sup>741</sup> Ello precisamente es muy frecuente en el ámbito de la pornografía infantil donde los prestadores de servicios actúan desde Estados donde no se sanciona esta práctica pero que a través de internet llegan a todo el mundo.

<sup>742</sup> El art. 11.1 de la ley 34/2002 dice que “Cuando un órgano competente por razón de la materia hubiera ordenado, en el ejercicio de las funciones que legalmente tenga atribuidas, que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información o la retirada de determinados contenidos provenientes de prestadores establecidos en España, y para ello fuera necesaria la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación, podrá ordenar a dichos prestadores, directamente o mediante solicitud motivada al Ministerio de Ciencia y Tecnología, que suspendan la transmisión, el alojamiento de datos, el acceso a las redes de telecomunicaciones o la prestación de cualquier otro servicio equivalente de intermediación que realizaran”.

contrario<sup>743</sup>. En estos casos cuando un usuario solicite el acceso a esta página el prestador de servicios de intermediación no se lo concederá aunque es cierto que ello no impedirá que el prestador de servicios ilícitos abra otra página con el mismo material que todavía no ha sido identificada como contraria a los derechos del menor y, por tanto, respecto de la que no se han tomado medidas.

También debe tenerse en cuenta lo previsto en el art. 18 de la ley 34/2002 que prevé que podrán elaborarse códigos de conducta para detectar y retirar los contenidos ilícitos. En concreto en su apartado segundo dice que cuando “su contenido pueda afectarles, los códigos de conducta tendrán especialmente en cuenta la protección de los menores y de la dignidad humana, pudiendo elaborarse, en caso necesario, códigos específicos sobre estas materias”<sup>744</sup>. Ello debe traducirse en la posibilidad de elaborar códigos de conducta para detectar y retirar con rapidez y eficacia los contenidos contrarios al libre desarrollo de la personalidad del menor y a sus derechos fundamentales<sup>745</sup>. Así, entendemos que

---

De hecho el art. 17 de la ley establece la responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda salvo que no tengan conocimiento efectivo del contenido ilícito de la página o tomen las medidas necesarias para evitar el enlace.

<sup>743</sup> El art. 13 de la ley 34/2002 establece la responsabilidad de los prestadores de servicios y los arts. 14 y ss. de la citada ley establecen una serie de exenciones en función de si el prestador de servicios lo es de mera transmisión de datos y de provisión de acceso a Internet, si es de *hosting* o si es de almacenamiento de datos en memoria *caché*. Sobre el tema ver PEGUERA I POCH, Miquel; “La exención de responsabilidad por contenidos ajenos en Internet”, en *Contenidos ilícitos y Responsabilidad de los prestadores de Servicios de Internet* (MORALES PRATS, Fermín-MORALES GARCÍA, Óscar), Cizur Menor, 2002, pág. 25-66.

<sup>744</sup> En realidad, la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio del 2000 relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información hace en su art. 16.1 e) una llamada directa al fomento de los códigos de conducta relativos a “la elaboración de códigos de conducta en materia de protección de los menores y de la dignidad humana”.

La Asociación de Autocontrol de la Publicidad ha aprobado un código para la autorregulación del sector publicitario en Internet en cuyo art. 9 se protege al menor en tanto que espectador de contenidos nocivos pero también como protagonista de los contenidos de la red pues se establece que no se podrá mostrar sin causa justificada al menor en situaciones peligrosas. Así lo recoge GALLARDO MESEGUER, Marcos; “Código ético de publicidad en Internet”, en *Carta Mercantil*, 2000, nº 16, pág. 9 y ss.

<sup>745</sup> Aquí, como hace MARTÍN CASALLO LÓPEZ, Juan; *Op. Cit.*, pág. 3-4, debería diferenciarse entre contenidos ilícitos y contenidos nocivos. Son contenidos ilícitos los que contrarían la ley como por ejemplo los que difunden pornografía infantil pues vulneran, entre otros, el derecho al honor del menor. En cambio, son contenidos nocivos aquellos que no contrarían la ley pero que pueden resultar contrarios al libre desarrollo de la personalidad del menor, como por ejemplo sería el acceso del menor a imágenes pornográficas protagonizadas por adultos. En ambos casos se pueden tomar medidas por los códigos de conducta. Así, para evitar el acceso de menores

cualquier organización pública o privada o cualquier particular que tenga conocimiento de la existencia de una página que sea contraria a los derechos del menor deberá ponerlo en conocimiento de instituciones dedicadas a la protección de los derechos fundamentales o del menor como podría ser el Defensor del Pueblo, del Ministerio Fiscal o instituciones públicas encargadas específicamente de la protección del menor como el Defensor del Menor o la *Direcció General d'Atenció als Menors*. Estas instituciones estarían legitimadas según se ha explicado para iniciar la acción de interrupción del servicio y tomar las medidas cautelares pertinentes.

Al margen de la interrupción del servicio contrario a los derechos del menor, podrá iniciarse acción penal o reclamación de daños y perjuicios por vulneración del honor o la intimidad del menor. Ahora bien, según el art. 44 de la ley 34/2002 estas acciones no serán compatibles con las sanciones administrativas de carácter económico previstas en la citada ley.

---

a contenidos lícitos pero nocivos existen mecanismos técnicos que impiden el acceso a ellos desde un determinado ordenador. En cambio, a efectos de protección del honor del menor, es decir, un contenido ilícito, deberían aplicarse las medidas explicadas *ut supra*.

## **CAPÍTULO 6: EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y LA SALUD DEL MENOR DE EDAD.**

*Sumario:* 1. INTRODUCCIÓN.- 2. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL MENOR DE EDAD A LOS TRATAMIENTOS E INTERVENCIONES MÉDICAS: 2.1. Concepto y fundamento; 2.2. El derecho a la información; 2.3. La capacidad; 2.4. La capacidad como cuestión de hecho: criterios de determinación; 2.5. La intervención de terceros en el ámbito del consentimiento informado.- 3. PROBLEMAS CONCRETOS: 3.1. Sida y menor de edad; 3.2. Aborto y menor de edad; 3.3. Colisión entre la libertad religiosa y la vida del menor: el problema de las transfusiones de sangre; 3.4. Psiquiatría y menor de edad.

### **1. INTRODUCCIÓN.**

El art. 15 CE dice que “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra” y el art. 43.1 CE dice que “Se reconoce el derecho a la protección de la salud”.

Además del lógico respeto a la integridad física y la salud del menor presenta especial interés la posibilidad de que el menor pueda o no consentir por sí mismo determinadas actuaciones, normalmente en el ámbito médico-sanitario, que afecten a estos bienes jurídicos de la personalidad.

En determinados casos la ley es muy clara al negar la posibilidad de consentir a los menores por lo que no se hará un estudio pormenorizado de los mismos. Así, sucede en relación al transplante de órganos donde se requiere la mayoría de edad para ser donante por lo que el menor no podrá consentir la donación ni tampoco sus representantes legales pues expresamente lo prohíbe la normativa reguladora<sup>746</sup>. Respecto a la donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos es preciso que el donante sea mayor de edad o menor de edad emancipado pues de lo contrario será preciso el consentimiento de los representantes legales<sup>747</sup>. Es cierto sin embargo, que el

---

<sup>746</sup> Así, el art. 4 a) de la ley 30/1979, de 27 de octubre de extracción y transplante de órganos y el art. 9.1 a) y d) del RD 2070/1999, de 30 de diciembre de transplante de órganos. En el ámbito penal el art. 156 CP, después de eximir de responsabilidad penal los supuestos de transplante de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual si existe consentimiento, afirma que el consentimiento del menor o el de sus representantes legales no será válido a estos efectos.

<sup>747</sup> Art. 2 b) de la ley 42/1988, de 28 de diciembre de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos.

menor puede ser donante de residuos quirúrgicos, de progenitores hematopoyéticos y de médula ósea siempre y cuando se preste el consentimiento por los representantes legales, se escuche al menor y, en los dos últimos casos, exista un relación genética entre donante y receptor<sup>748</sup>. Se exige la mayoría de edad para ser donante en el ámbito de las técnicas de reproducción asistida<sup>749</sup> y para donar sangre<sup>750</sup>.

En relación a la posibilidad de prestar el consentimiento para ser receptor, el art. 6.1 de la ley 35/1988, de 22 de noviembre de técnicas de reproducción asistida exige la mayoría de edad en la receptora o usuaria de estas técnicas y el art. 4.2 de la ley 42/1988, de 28 de diciembre de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos dice que cuando el receptor fuera menor de edad deberá contarse con el consentimiento de los padres, sus representantes legales o, en su defecto, y en caso de urgencia de los familiares presentes.

Sin embargo, el art. 12.5 del RD 561/1993, de 16 de abril del medicamento dice que para participar en un ensayo clínico, además del consentimiento de los representantes y la notificación al Ministerio Fiscal, deberá contarse con el consentimiento del menor si tuviera más de doce años. Respecto al trasplante de órganos, de tejidos humanos, al uso de embriones y fetos humanos o sus células, tejidos u órganos deberán aplicarse las reglas generales del consentimiento informado a los tratamientos e intervenciones médicas que seguidamente se estudia en detalle<sup>751</sup>.

---

<sup>748</sup> Art. 7.2 del RD 411/1996, de 1 de marzo de tejidos humanos.

<sup>749</sup> Art. 5.6 de la ley 35/1988, de 22 de noviembre de técnicas de reproducción asistida y el art. 2.1 del RD 412/1996, de 1 de marzo de técnicas de reproducción asistida.

<sup>750</sup> Art. 6.1 del RD 1854/1993, de 22 de octubre de requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y bancos de sangre.

<sup>751</sup> El art. 6 c) de la ley 30/1979, de 27 de octubre de extracción y trasplante de órganos dice que se deberá prestar el consentimiento por escrito por el receptor o "por sus representantes, padres o tutores, en caso de pacientes con déficit mental o menores de edad" y el art. 15.1 del RD 2070/1999, de 30 de diciembre de trasplante de órganos añade que deberá prestarse el consentimiento previo y escrito del receptor o sus representantes legales, conforme al artículo 10.6 de la Ley 14/1986, General de Sanidad...". El art. 9.1 del RD 411/1996, de 1 de marzo de tejidos humanos dice que "La implantación de tejidos humanos sólo se podrá efectuar, en centros autorizados para ello, con el consentimiento previo y escrito del receptor o sus representantes

## 2. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL MENOR DE EDAD A LOS TRATAMIENTOS E INTERVENCIONES MÉDICAS.

### 2.1. Concepto y fundamento.

El art. 8 de la ley 41/2002, de 14 de noviembre de autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica regula en sus arts. 8 y ss el consentimiento informado estableciendo que “Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el art. 4, haya valorado las opciones propias del caso”<sup>752</sup>. El art. 5 del Convenio de Oviedo afirma que una “intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e inequívoco consentimiento”<sup>753</sup>. Asimismo el art. 6 de la *Llei 21/2000, de 29 de desembre, sobre els drets d'informació concernent la salut i l'autonomia del pacient, i la*

---

legales, conforme al artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad, y previa información de los riesgos y beneficios que la intervención supone”. La legislación más moderna remite a la ley general de sanidad sin exigir la mayoría de edad. Entendemos aplicable en estos casos la ley 41/2002, de 14 de noviembre de autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica o, en su caso, la correspondiente legislación autonómica, pues modifica el art. 10.6 de la Ley General de Sanidad, regula con mayor detalle la capacidad para consentir los tratamientos e intervenciones médicas y se trata de una ley posterior.

<sup>752</sup> El derogado art. 10.6 de la ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad decía que toda persona tenía derecho a la libre elección entre las opciones que le presentara el médico siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención. Actualmente el art. 8 de la ley 41/2002, de 14 de noviembre de autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica establece en su art. 8:

1. *Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el art. 4, haya valorado las opciones propias del caso.*

2. *El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.*

3. *El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejánmdo a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.*

4. *Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud.*

5. *El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento.*

<sup>753</sup> Convenio de Oviedo para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina aprobado por el Comité de Ministros el 19 de noviembre de 1996.



*documentació clínica*<sup>754</sup>, dice que cualquier intervención en el ámbito de la salud requiere que la persona afectada preste su consentimiento específico y libre tras haber sido informada debiendo ser el consentimiento por escrito en los casos de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos invasivos y, en general, cuando se llevan a cabo procedimientos que comporten riesgos e inconvenientes notorios y previsibles susceptibles de repercutir en la salud del paciente.

El consentimiento informado es aquél prestado por el paciente con capacidad natural para someterse a un tratamiento o intervención médica tras haber recibido la información necesaria para tomar una decisión libre al respecto.

La doctrina del consentimiento informado es el resultado de un conflicto entre el principio de beneficencia tradicional en la deontología médica y el principio de autonomía<sup>755</sup>. Mientras el principio de beneficencia parte de una visión paternalista de la práctica médica en la que el principal objetivo es el bienestar del paciente, el principio de autonomía prima la libertad del paciente en la toma de la decisión por lo que el eje de la relación médico-paciente se construye sobre la autodeterminación del paciente que tras la obtención de una información adecuada, toma la decisión que cree más oportuna<sup>756</sup>. Actualmente la actuación del médico debe basarse en el principio de autonomía del paciente de tal manera que la información, la comunicación y el diálogo se convierten en vehículo fundamental de la relación entre ambos. El paciente tiene derecho a mantener opiniones y puntos de vista que le permitan tomar sus propias decisiones en relación a los tratamientos e intervenciones médico-quirúrgicas. Frente al tradicional principio de beneficencia se alza hoy el principio de autonomía que implica el reconocimiento de la libre y autónoma decisión

---

<sup>754</sup> DOGC nº 3303, de 11 de enero del 2001 con corrección de erratas en DOGC nº 3353, de 22 de marzo.

<sup>755</sup> MARÍN GÁMEZ, José Ángel; "A vueltas con la constitucionalidad del art. 10.6 de la ley general de sanidad: la relevancia jurídica del "consentimiento informado", en *Revista general del derecho*, 1995, nº 610-611, pág. 8244 y SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup> José; *Incapacitados y derechos de la personalidad: Tratamientos médicos. Honor, intimidad e imagen*, Madrid, 2000, pág. 54-55.

<sup>756</sup> Desde un punto de vista ético el principio de beneficencia parte de la teoría utilitarista defendida por Jeremy Bentham y John Stuart Mill durante el S. XIX según la cual la calificación moral de un acto se halla en sus consecuencias mientras que el principio de autonomía partiría de la tradición deontológica kantiana según la cual la máxima de la propia voluntad debe servir como ley universal. Así, SANCHEZ-CARO, Jesús- SANCHEZ-CARO, Javier; *Consentimiento informado y psiquiatría*, Madrid, 1998, pág. 38-39 y 251-252.

individual del enfermo sobre sus propios intereses siempre que no perjudique a un tercero<sup>757</sup>.

La necesidad del consentimiento informado encuentra su fundamento jurídico en los valores dignidad y personalidad reconocidos en el art. 10.1 CE pues un individuo con capacidad suficiente tiene derecho a decidir sobre actos que afectan directamente a sus derechos fundamentales (integridad física, salud, intimidad,...). De hecho el principio de autodeterminación deriva en el derecho anglosajón del derecho al *privacy* según el cual el derecho a una vida privada comprende la posibilidad de delimitar un espacio personal donde cada sujeto es libre de tomar las decisiones que estime más oportunas y en el que nadie puede inmiscuirse sin permiso del afectado todo lo cual se manifiesta en el ámbito sanitario en la doctrina del consentimiento informado<sup>758</sup>. En el ordenamiento jurídico español, determinadas decisiones que debe tomar el paciente en el ámbito médico tienen una tan alta conexión con su vida privada que es imposible desligar el consentimiento informado del derecho a la intimidad.

## **2.2. El derecho a la información.**

El primer requisito para que el consentimiento del paciente sea válido es que previamente a su decisión, éste haya recibido una información adecuada puesto que para tomar una decisión libremente es preciso tener conocimiento de la situación, las alternativas, los riesgos,... Debe abandonarse definitivamente la idea de que el paciente no comprenderá la situación o que le creará angustia conocer la realidad puesto que la experiencia demuestra que si los pacientes tienen la oportunidad de participar en la toma de decisiones, de preguntar, de recibir una información privilegiada de su dolencia, los resultados son más satisfactorios<sup>759</sup>.

---

<sup>757</sup> Así lo afirman SANTOS MORÓN, M.J.; *Op. Cit.*, pág. 55 y SANCHEZ-CARO, J.- SANCHEZ-CARO, J.; *Consentimiento informado y psiquiatría...*, cit., pág. 43.

<sup>758</sup> SANCHEZ-CARO, J.- SANCHEZ-CARO, J.; *Consentimiento informado y psiquiatría...*, cit., pág.31.

<sup>759</sup> SÁNCHEZ CARAZO, C.; *Op. Cit.*, pág. 129 y JADAD, Alejandro en el periódico *El País* de 11 de julio de 1999, pág. 34.

La ley 41/2002 dedica los arts 4 a 6 al derecho a la información del paciente<sup>760</sup>. Así, el art. 4 de dicha ley dice que los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma salvando los supuestos exceptuados por la ley. Por su parte, el art. 10.2 del Convenio de Oviedo establece que toda “persona tendrá derecho a conocer toda información obtenida respecto de su salud. No obstante, deberá respetarse la voluntad de una persona a no ser informada”<sup>761</sup>. En relación a los menores de edad el art. 5.1 de la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor establece que éste “tiene derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo” y en iguales términos se expresa el art. 11.1 de la *Llei 8/1995, de 27 de juliol, d’atenció i protecció dels infants i els adolescents* por lo que lo previsto en la legislación sanitaria es plenamente vigente para el menor de edad.

---

<sup>760</sup> En este sentido se manifestaba el art. 10.2 y 5 de la ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad cuando afirmaba que el paciente tenía derecho a “la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso” y a “que se le de en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento”. La ley 41/2002, de 14 de noviembre de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica viene a ampliar el derecho a la información del paciente y dice en su art. 4:

1. *Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.*

2. *La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.*

3. *El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle.*

<sup>761</sup> En efecto existe la posibilidad de renunciar a cualquier tipo de información acerca del proceso de la enfermedad puesto que estamos ante un derecho y no un deber a la información. Por otra parte, se suele hablar de privilegio terapéutico, especialmente en relación al paciente terminal, al que deberá decirse una verdad soportable para lo cual deberá acudir a la aptitud psicológica y humana del médico que deberá averiguar hasta qué punto desea conocer el paciente o no. En todo caso, en la medida en que el privilegio terapéutico comporta un conflicto entre el derecho de autodeterminación y el principio de asistencia, debe considerarse una excepción, siendo la regla el deber de informar. Sobre el tema, GALÁN CORTÉS; *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Madrid, 1997, pág. 51-53, MARÍN GÁMEZ, J.A.; *Op. Cit.*, pág. 8256 y VIANA CONDE, Antonio-DE SAS FOJÓN, Antón; “El consentimiento informado del enfermo”, en *La ley*, 1996-2, D-79, pág. 1333.

Respecto del elemento cuantitativo y cualitativo de la información debe estarse a un criterio subjetivo<sup>762</sup>. En efecto, es evidente que no puede darse la misma información a un adulto que a un menor de edad, a un gran menor o a un pequeño menor, a una persona de carácter fuerte o débil, con una formación importante o sin ella. La cantidad de información y la forma en la que ésta se presenta al paciente debe estar en función de las características del paciente. Así se desprende del art. 4.2 de la ley 41/2002 que establece que la información “se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades” o el art. 5.2 de la misma ley que dice que el paciente será informado “incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión”. También los arts. 2.2. y 3.2 de la ley 21/2000 de la Generalitat de Cataluña que hablan de dar la información de forma comprensible y en función del grado de comprensión del paciente. En igual sentido el art. 5.1 de la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor cuando se refiere a “información adecuada a su desarrollo”.

Por ello, debe informarse al menor en términos que le resulten comprensibles adecuando y modulando las explicaciones a su grado de madurez. Entendemos, además, que el derecho a la información, aunque sea en términos muy simples, empieza desde una edad muy temprana y, desde luego, mucho antes de que el menor tenga capacidad natural para consentir pues simplemente será preciso que el menor sea capaz de comprender la información que se le da, no que tenga madurez para decidir en relación a ella. Ello puede contribuir a mejorar los resultados médicos pues piénsese que en determinados casos el menor deberá someterse a tratamientos agresivos, en un espacio que no le resulta familiar y en el que no siempre podrán estar presentes sus padres o tutor por lo que la información resultará primordial para que el menor se sienta tranquilo

---

<sup>762</sup> Así, SIMÓN Pablo; *El consentimiento informado*, Madrid, 2000, pág. 239, GALÁN CORTÉS; *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Madrid, 1997, pág. 47, SANTOS MORÓN, M.J.; *Op. Cit.*, pág. 72 y SANCHEZ-CARO, J.- SANCHEZ-CARO, J.; *Consentimiento informado y psiquiatría...*, cit., pág. 259 quien en págs. 55-57 estudia cómo en la doctrina anglosajona se ha pasado del criterio del médico razonable, es decir, los que cualquier médico diligente hubiera explicado, al criterio de la persona diligente para acabar adoptando el criterio subjetivo donde se adecúa la cantidad y la calidad de la información a cada paciente de tal manera que se produce una individualización de la información proporcionada.

y sea receptivo, en su caso, al tratamiento oportuno. Debe darse, por tanto, una información personalizada.

El segundo requisito es la libertad del paciente en la decisión que toma. De ahí que deba informarse de forma individualizada de la naturaleza, objetivos, beneficios, riesgos de la intervención (consecuencias seguras, consecuencias no seguras pero frecuentes, riesgos personalizados derivados de la propia individualidad del paciente y contraindicaciones), alternativas a la misma, explicación de porqué el médico prefiere el tratamiento propuesto y posibilidad de retirar el consentimiento a la intervención en cualquier momento<sup>763</sup>. De lo contrario, la decisión no es libre en la medida en que no se tienen datos suficientes para hacer una valoración global y ajustada a la realidad de la situación. La información proporciona el conocimiento necesario para actuar con libertad.

Una cuestión relevante en relación al derecho a la información del paciente menor de edad es la relativa a la titularidad del derecho a la información. El titular del derecho a la información es indiscutiblemente el paciente como establecen los arts. 5.1 de la ley 41/2002 y el art. 3.1 de la ley catalana 21/2000. Sin embargo, estos mismos artículos añaden que serán informadas también las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho “en la medida en que el paciente lo permita de manera expresa o tácita”<sup>764</sup>. Ello podría llevarnos a pensar que sólo cuando el menor preste su consentimiento expreso o tácito podrán ser informados sus representantes legales.

---

<sup>763</sup> SANCHEZ-CARO, J.- SANCHEZ-CARO, J.; *Consentimiento informado y psiquiatría...*, cit., págs. 259-261.

<sup>764</sup> El art. 5.1 de la ley 41/2002, de 14 de noviembre de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica dice: “El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiar o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita”.

El art. 3.1 de la ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre de derechos de información concernientes a la salud y a la autonomía del paciente, y la documentación clínica dice: “El titular del derecho a a información es el paciente. Debe infomarse a las personas a él vinculadas en la medida en que éste lo permita expresa o tácitamente”.

Sin embargo, el art. 5.2 de la ley 41/2002 y 3.2 de la ley catalana 21/2000 establecen que el paciente será informado incluso en caso de incapacidad de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión cumpliendo con el deber de informar a sus representantes legales<sup>765</sup>. Parece que el precepto no se refiere en puridad de conceptos al incapacitado judicialmente sino a cualquier persona que tenga limitada su capacidad y esté sometida a representación legal por lo que caben bajo el ámbito de aplicación de este artículo no sólo los incapaces sino también los menores de edad. Ello plantea la evidente cuestión de si el deber de informar a los representantes legales es ineludible o debe combinarse con el respeto al deber de secreto médico y con el derecho a la intimidad del menor. Debe hacerse una interpretación integrada de los preceptos que regulan la intimidad del menor, el deber de secreto médico y el deber de informar a los representantes legales para lo cual es preciso acudir a la finalidad perseguida por la norma de los arts. 5.2 de la ley 41/2002 y el art. 3.3 de la ley catalana 21/2000.

El fin último de estos preceptos es proteger la salud y la vida del menor posibilitando que los titulares de la patria potestad y , en su caso, la tutela puedan llevar a cabo el deber de velar por los menores. Este deber se traduce en la necesidad de proteger la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad por lo que, en aras a la tutela de los bienes jurídicos de la personalidad del menor, los representantes deben conocer aquellas circunstancias relativas a su salud que puedan poner en peligro sus bienes jurídicos de la personalidad.

Por ello, el deber de informar a los representantes legales de la situación médica en la que se encuentra el menor no debe interpretarse de forma absoluta sino a la luz del criterio de la protección del menor por lo que no se podrá invadir la intimidad del menor cuando no exista riesgo para su salud. De hecho el art. 9.3 c) de la ley 41/2002 permite comunicar a los padres la situación médica del menor

---

<sup>765</sup> El art. 5.2 de la ley 41/2002, de 14 de noviembre de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica dice: "El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal".

El art. 3.1 de la ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre de derechos de información concernientes a la salud y a la autonomía del paciente, y la documentación clínica dice: "En caso de incapacidad del paciente, éste debe ser informado en función de su grado de comprensión, sin perjuicio de tener que informar también a quien tenga su representación".

cuando éste tenga suficiente madurez en aquellos casos en que su actuación ponga en grave riesgo su salud.

Así, deberá distinguirse entre una situación médica que no entraña peligro grave para el menor y aquéllas que sí lo comportan pues mientras que en el primer caso sólo podrá informarse a los representantes si el menor manifiesta su consentimiento expreso o tácito, en el segundo existirá un deber de informar a los representantes incluso en contra de la voluntad del menor pues en este caso debe sacrificarse la intimidad del menor en aras a la protección de su salud.

A estos efectos es relevante destacar cuál es el grado de madurez del menor pues la necesidad de protección disminuye de forma inversamente proporcional al aumento de su madurez. En efecto, una misma situación médica (gripe, extracción de un lunar,...) puede requerir unos especiales cuidados por parte de los titulares de la patria potestad o tutela cuando el menor es de muy corta edad y, en cambio, ser una situación perfectamente asumible para un menor con cierto grado de desarrollo emocional e intelectual. Por ello, la situación de gravedad o no del menor, que justificará o no la información a los representantes legales, debe determinarse a la luz de grado de madurez del menor.

La misma solución debe aplicarse en la resolución del conflicto entre el deber de informar a los representantes legales y el deber de guardar el secreto médico pues el art. 16.1 d) del Código de ética y deontología médica de la Organización Médica Colegial y el art. 31 d) del Código deontológico del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona exonera expresamente al médico del deber de guardar secreto cuando ello comporte un probable perjuicio para el paciente. En consecuencia, el médico no estará vinculado por el deber de secreto profesional cuando exista un peligro para el menor que implique la necesidad de que sus representantes legales tengan conocimiento de la situación para poder proteger los bienes jurídicos de la personalidad del menor.

En realidad el deber de informar a los padres va íntimamente ligado a la capacidad del menor o no para consentir por sí mismo. En efecto, si el menor no tiene madurez suficiente para prestar el consentimiento serán sus representantes

legales quienes reciban la información y decidan sobre el tratamiento aunque el menor deberá ser informado y escuchado en función de su grado de madurez. Si el menor tiene capacidad, prestará por sí mismo el consentimiento informado y el médico deberá respetar la confidencialidad de su situación médica si así lo solicita el menor excepto si éste actúa de forma que ponga gravemente en peligro su salud en cuyo caso deberá informarse a los padres.

### **2.3. La capacidad.**

Los arts. 8.1 de la ley 41/2002 y 6.1 de la ley catalana 21/2000 exigen que el paciente exprese su consentimiento a cualquier tratamiento médico lo cual presenta el problema de decidir qué capacidad es necesaria para poder prestar válidamente dicho consentimiento, es decir, si se requiere capacidad de obrar plena o es suficiente la capacidad natural. Es especialmente importante dilucidar esta cuestión porque los arts. 9.3 de la ley 41/2002 y 7.2 de la ley catalana 21/2000 prevén que cuando no exista capacidad se prestará el consentimiento por los representantes legales.

En la mayoría de Estados de EUA los menores que tienen madurez suficiente pueden solicitar determinadas intervenciones y tratamientos médicos (tratamiento contra enfermedades venéreas, contra las drogas, anticoncepción,...) sin el consentimiento de sus progenitores pues el Tribunal Supremo de EUA anuló determinados reglamentos que exigían el consentimiento de los padres para la consulta ginecológica o la notificación de los abortos practicados a las menores de edad porque consideró que se imponía una carga ilegítima al aborto y porque se vulneraba el derecho a la intimidad del menor de edad<sup>766</sup>.

Lo mismo sucede en Gran Bretaña donde la sección 8 de la *Family Law Reform Act* de 1969 establece que en el ámbito del consentimiento para los tratamientos médicos el menor de edad de más de dieciséis años ha de ser tratado como un mayor de edad. En relación a los menores de dieciséis años, también podrán decidir por sí mismos si tienen capacidad suficiente para comprender el alcance y las implicaciones de la decisión que toman. Así sucedió

---

<sup>766</sup>SÁNCHEZ-CARO, J.-SÁNCHEZ-CARO, J.; *El médico y la intimidad*, cit., págs. 203-204.



en el famoso caso *Gillick* en el que se estudiaba si una menor con menos de dieciséis años podía tomar anticonceptivos sin el consentimiento de sus padres y donde la Cámara de los Lores decidió que ello era posible siempre y cuando la menor tuviera capacidad de entendimiento suficiente para comprender las consecuencias e implicaciones de su decisión<sup>767</sup>. De esta forma la capacidad natural se presume a partir de los dieciséis años mientras que con anterioridad a esta edad deberá estudiarse caso por caso.

La Section 2.4 de la *Age of Legal Capacity (Scotland) Act* 1991 establece que los menores que no alcancen los dieciséis años tendrán capacidad legal para consentir tratamientos médicos si son capaces de entender la naturaleza y consecuencias del tratamiento<sup>768</sup>.

El moderno *Code Civil du Québec* dice en su art. 17 que el menor puede consentir a partir de los catorce años tratamientos e intervenciones médicas salvo que se trate de supuestos que representen un serio riesgo para su salud y puedan tener consecuencias irreversibles en cuyo caso deberán intervenir los padres o tutores<sup>769</sup>.

En el derecho italiano también se parte de que para prestar el consentimiento a un tratamiento o intervención médica es suficiente la capacidad natural o de hecho por lo que un menor con suficiente autogobierno podrá prestar el consentimiento para intervenciones y tratamientos médicos con independencia de que en función de la gravedad de la intervención se requiera mayor o menor madurez<sup>770</sup>.

---

<sup>767</sup> El caso *Gillick versus West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* (1984) Q.B. 581, (1986) AC 112, (1985) 3 All ER, 402 es citado por la mayor parte de la doctrina anglosajona y española que ha tratado el tema. En la doctrina anglosajona, EEKELAAR, John; "The emergence of children's rights", en *Oxford Journal of Legal Studies*, 1986, nº 2, vol. 6, págs. 161 y ss. y FELDMAN; *Civil liberties and human rights in England and Wales*, Oxford, 1993, págs. 152-153,.... En la doctrina española RIVERO HERNÁNDEZ, F.; *El interés del menor*, cit., págs. 145-147 y SANTOS MORÓN, M.J.; *Op. Cit.*, pág. 65.

<sup>768</sup> Dice el apartado 4 de la Section 2 de la *Age of Legal Capacity (Scotland) Act* 1991:  
*A person under the age of 16 years shall have legal capacity to consent on his own behalf any surgical, medical or dental procedure or treatment where, in the opinion of a qualified medical practitioner attending him, he is capable of understanding the nature and possible consequences of the procedure or treatment.*

<sup>769</sup> El art. 17 del *Code civil du Québec* dice:  
*Le mineur de quatorze ans et plus peut consentir seul aux soins non requis par l'état de santé consentement du titulaire de l'autorité parentale ou du tuteur est cependant nécessaire si les soins présentent un risque sérieux pour la santé du mineur et peuvent lui causer des effets graves et permanents.*

En cambio, en Francia pese a que el art. 450 del Code Civil permite a los menores realizar por sí solos los actos reconocidos por los usos sin que sea precisa la intervención de los representantes legales, sólo se acepta el consentimiento del menor en relación a aquellos tratamientos que no requieran hospitalización pues en este caso será preciso, salvo en caso de urgencia o falta de los padres, un consentimiento cumulativo del menor que tenga capacidad suficiente y de los representantes legales<sup>771</sup>.

En el ordenamiento jurídico español la doctrina mayoritaria entiende que estamos ante un tema de capacidad natural o de hecho<sup>772</sup> de tal manera que cuando el menor tenga capacidad de autogobierno podrá prestar por sí mismo el consentimiento a las intervenciones y tratamientos médicos. Además, varios argumentos avalan esta postura.

En primer lugar, la tendencia actual en el ordenamiento jurídico es permitir que el menor de edad participe y tenga la máxima autonomía en todas aquellas decisiones que le conciernen. Ello alcanza su punto álgido en sede de derechos de la personalidad pues la ley excluye la representación legal de los padres en los actos relativos a los derechos de la personalidad cuando el menor tiene capacidad natural para ejercerlos por sí mismo (162.2 CC y 155.2 CF).

Por otra parte, si bien es cierto que el menor, en la medida en que está todavía formando su personalidad, tiene limitada su capacidad de obrar, no lo es menos que la interpretación de cualquier limitación de la capacidad del menor

---

<sup>770</sup> NANNINI; *Il consenso al trattamento medico. Presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania e Italia*, Milano, 1989, pág. 411 y ss. y ver también D'ADDINO SERRAVALLE; *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Camerino, 1983, pág. 178.

<sup>771</sup> AUBY; *Le droit de la santé*, París, 1981, pág. 313.

<sup>772</sup> Así, SANCHEZ-CARO, J.- SANCHEZ-CARO, J.; *Consentimiento informado y psiquiatría...*, cit., pág. 268, SANTOS MORÓN, M.J.; *Op. Cit.*, pág. 61, LÓPEZ FRÍAS; "El ejercicio de los derechos personalísimos de los enfermos psíquicos", en *Revista de Derecho Privado*, 1999, pág. 300, GALÁN CORTÉS; *Op. Cit.*, pág. 33, BUENO ARÚS; "El consentimiento informado del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico y la LGS", en *Estudios de Derecho penal y criminología*, Tomo I, UNED, Madrid, 1989, pág. 170, VIANA CONDE, A.-DE SAS FOJÓN, A.; *Op. Cit.*, pág. y SIMÓN, Pablo; *Op. Cit.*, pág. 316 y ss. 1335. En contra, MARÍN GÁMEZ; *Op. Cit.*, 1995, pág. 8245.

debe ser interpretada de forma restrictiva tal como establece el art. 2 *in fine* de la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Las limitaciones en la capacidad tienen su fundamento en la protección del menor por entender que éste al carecer de madurez suficiente puede realizar actos en su propio perjuicio. Por ello, cuando el menor tiene capacidad de autogobierno, los límites a su actuación no sólo no protegen sino que vulneran el libre desarrollo de su personalidad y ello es especialmente patente en el ámbito de los derechos fundamentales.

Cuando se tiene que tomar una decisión sobre un tratamiento o intervención médica en un menor de edad se está afectando a sus derechos fundamentales pues, como ya quedó expuesto, la salud forma parte del derecho fundamental a la vida y a la integridad física pero también al derecho fundamental a la intimidad. En efecto, si negamos al menor, que tiene capacidad natural para decidir sobre la intervención o tratamiento, la posibilidad de prestar por sí mismo su consentimiento, le estamos condenando a que sus representantes legales conozcan determinados datos de su vida privada que, quizás, el menor no quiera revelar a sus padres y a que exista una injerencia en el ámbito de su vida privada que el menor capaz debe poder controlar. Hay que tener presente que existen determinados actos en el ámbito de la sanidad como la toma de anticonceptivos, el aborto, el sida,... que tienen una conexión fuerte con la vida privada del menor lo cual introduce la problemática del consentimiento informado en la perspectiva de la autodeterminación del derecho a la intimidad<sup>773</sup>. Si se acepta que el menor puede ejercer su derecho fundamental a la intimidad cuando tiene madurez suficiente pero se comunica a sus padres cualquier información sobre su vida privada que tenga relación con su salud e incluso se les permite decidir al respecto, se vulnera el libre desarrollo de la personalidad del menor. Es evidente, como se tratará más adelante, que, en la medida en que los padres tienen el deber de velar por sus hijos también existe un interés legítimo por parte de éstos en conocer lo relativo a su salud por lo que deberemos encontrar un criterio que

---

<sup>773</sup> De hecho, en EUA se ha basado la autonomía del menor en el ámbito de los tratamientos e intervenciones médico-sanitarias en el *right to privacy* como afirma SÁNCHEZ-CARO, J.-SÁNCHEZ-CARO, J.; *El médico y la intimidad*, cit., págs. 203-204.

permita compatibilizar el derecho a la intimidad del menor y el interés legítimo de los padres.

El punto 45 del Informe explicativo del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina celebrado en Oviedo el día 4 de abril de 1997 establece que “Cuando un menor, o un adulto, no tiene capacidad para consentir a una intervención, ésta debe ser realizada con el consentimiento de los padres que tengan la custodia del menor, su representante legal o la persona o institución designados por la ley. Sin embargo, en la medida en que sea posible, y con el ánimo de preservar la autonomía de las personas en las intervenciones que afectan a su salud, la opinión de los menores debe considerarse un factor tanto más determinante cuanto mayor sea su edad y capacidad de discernimiento. Esto significa que en ciertas situaciones, teniendo en cuenta la naturaleza y gravedad de la intervención así como la edad del menor y su capacidad para entender, la opinión del menor debe adquirir progresivamente más peso en la decisión final. *Esto podría llevar incluso a la conclusión de que el consentimiento del menor debe ser necesario, o al menos suficiente, para algunas intervenciones*”<sup>774</sup>. Así su art. 6.2 dice que “Cuando, según la ley, un menor de edad 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” y añade que “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” de todo lo cual se deduce, *a sensu contrario*, que, cuando el menor tenga capacidad natural, podrá consentir por sí mismo.

Otro argumento lo encontramos en el art. 7.2 d) de la *Llei* 21/2000 que afirma que en el caso de los menores de edad, “si aquests no són competents, ni intel.lectualment ni emocionalment, per a comprendre l’abast de la intervenció sobre la pròpia salut, el consentiment l’ha de donar el representant legal del menor, havent escoltat, en tot cas, la seva opinió si és major de dotze anys. En la

---

<sup>774</sup> SÁNCHEZ CARAZO, C.; *Op. Cit.*, pág. 141.

resta dels casos, i especialment en casos de menors emancipats i adolescents de més de setze anys, *el menor ha de donar personalment el seu consentiment*".

Por tanto, la ley catalana parece haber tomado como referencia el ordenamiento británico en la medida en que exige que cuando el menor esté emancipado<sup>775</sup> o tenga más de dieciséis años siempre deberá prestar personalmente su consentimiento y con anterioridad a esta situación debemos entender *a sensu contrario* que el menor que sea competente intelectual y emocionalmente para comprender el alcance de la intervención sobre la propia salud también deberá prestar por sí mismo el consentimiento. Por tanto, por encima de los dieciséis años se presume el autogobierno y el menor deberá decidir por sí mismo y por debajo de esa edad habrá que estar a la efectiva existencia de autogobierno o no.

En caso de que no exista capacidad no podrá decidir el menor por sí mismo y por tanto deberán hacerlo sus representantes legales, como prevé la ley, en base al principio de interés del menor. Ello no significa que la decisión de los representantes legales sea libre puesto que su actuación deberá venir condicionada por dos factores, a saber: el interés del menor y el deber de escucharlo. En efecto, el ejercicio de la representación en el ámbito de los derechos de la personalidad encuentra su fundamento en la necesidad de proteger los bienes jurídicos de la personalidad del menor cuando éste no tiene madurez suficiente para hacerlo por sí mismo por lo que este debe ser el criterio de actuación de los representantes. Por otra parte, nos encontramos ante un menor que no tiene capacidad natural para ejercer por sí mismo el derecho al consentimiento informado a tratamientos e intervenciones médicas lo cual no significa que no deba oírse al menor cuando tenga madurez para ello lo que se presume a partir de los doce años aunque puede darse con anterioridad.

El art. 14.1 c) de la ley 6/2002 de 15 de abril de salud de Aragón prevé de forma similar que "En el caso de menores, si éstos no se encuentran preparados, ni intelectual ni emocionalmente, para comprender el alcance de la intervención

---

<sup>775</sup> Técnicamente ello puede reducir la edad de forma automática a los catorce años cuando la emancipación sea por matrimonio previa dispensa judicial de la edad.

sobre su salud, el consentimiento debe darlo el representante del menor, después de haber escuchado, en todo caso, su opinión si es mayor de doce años. En el caso de menores emancipados y adolescentes de dieciséis años, el menor dará personalmente su consentimiento”.

Igualmente el art. 9.3 c) de la ley 41/2002 se acerca enormemente al art. 7.2 d) de la ley catalana pues dice que 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”<sup>776</sup>. Por tanto, también aquí el criterio para permitir decidir al menor será la existencia de capacidad natural la cual se presume en casos de emancipación y en todo caso a los dieciséis años aunque puede darse por debajo de esta edad.

En cualquier caso la ley estatal introduce un matiz interesante cuando establece que si la actuación del menor con madurez supone un grave riesgo para su salud se rompe el deber de secreto y el derecho a la intimidad del menor cede en favor del bien jurídico salud. En efecto, el art. 9.3 c) *in fine* de la ley 41/2002 dice que en caso de actuación de grave riesgo los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de decisiones correspondiente<sup>777</sup>. El médico deberá informar a los representantes de la situación

---

<sup>776</sup> De esta forma la actual regulación del consentimiento informado es mucho más detallada y adecuada a los principios rectores del derecho de menores que la anterior regulación que en el art. 10.6 b) de la ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad decía de forma genérica que se exceptuaba de la necesidad de que el paciente diera su consentimiento aquellos casos en que “no esté capacitado para tomar decisiones”.

<sup>777</sup> Esta previsión es paralela a la del art. 4 de la ley orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor pues en ambos casos se establece que cuando el menor con suficiente madurez realice actos contrarios a sus bienes jurídicos de la personalidad será irrelevante el consentimiento que haya podido prestar.

en base a la existencia del deber de velar por los hijos y del interés legítimo de los padres en proteger los bienes jurídicos de la personalidad de los hijos menores. La ley está pensando sin duda alguna en aquellos supuestos (anorexia, pertenencia a una secta que impide las transfusiones de sangre,...) en que el menor pese a tener la edad antedicha por su propia enfermedad o circunstancias personales no tiene autogobierno.

La justificación de esta regla es que durante la minoría de edad los padres tienen el deber de velar por los hijos y, por tanto, ostentan un interés legítimo en la protección de sus bienes jurídicos de la personalidad; cuando el menor tiene madurez suficiente para ejercer por sí mismo sus derechos subjetivos de la personalidad ya no es necesaria la protección de los bienes jurídicos de la personalidad del menor a través del interés legítimo de los titulares de la patria potestad. Ahora bien, cuando la actuación del menor se revela contraria a su propio interés renace la necesidad de que los padres actúen como garantes de la tutela de los bienes jurídicos de la personalidad de dicho menor a través de la figura del interés legítimo y la potestad. Por ello, parece criticable que la posibilidad de informar a los padres se mantenga ante supuestos de menores emancipados por cuanto en estos casos la patria potestad se ha extinguido y el menor puede regir su persona como si se tratara de un mayor de edad limitándose la únicas restricciones previstas en el ordenamiento jurídico al ámbito patrimonial. En todo caso, además en el supuesto del menor emancipado por matrimonio no debería informarse a los padres sino al cónyuge cuando éste fuera mayor de edad.

Nótese, sin embargo, que la ley habla de informar a los padres pero no dice en modo alguno que éstos puedan prestar su consentimiento al margen del menor máxime cuando el art. 9.3 c) de la ley 41/2002 excluye la representación

---

El art. 7.2 de la ley catalana 21/2000 de 29 de diciembre no prevé la posibilidad de informar a los padres cuando el menor con madurez actúe de forma contraria a su interés pero entendemos que también en este caso debe sacrificarse la intimidad y la autonomía del menor en aras a la protección de los bienes jurídicos de la personalidad del menor. En efecto, se produce un conflicto entre el respeto a la intimidad del menor y la protección de sus bienes jurídicos de la personalidad (vida, integridad física y psíquica,...) que debe ceder en favor de los segundos por lo que debe darse entrada al interés legítimo de los padres en la protección del hijo menor de edad. El propio art. 30 d) del Código deontológico del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona releva del deber de secreto al médico cuando de él derivara un probable perjuicio para el paciente.

legal cuando el menor está emancipado o ha alcanzado los dieciséis años. Se trata, por tanto, de una medida que afecta a la intimidad del menor pero que no implica que los padres puedan decidir unilateralmente sino que más bien parece que en este caso deberá tomarse una decisión consensuada entre los padres, el facultativo y el menor. En caso de que se mantenga un conflicto entre las opiniones se deberá acudir al juez quien resolverá en interés del menor (art. 158 3º CC y 134 CF).

En cualquier caso creemos que el deber de informar a los padres cuando el menor con capacidad suficiente actúe de forma contraria a sus bienes jurídicos de la personalidad no abarca aquellos supuestos en que el menor renuncia a tratamientos agresivos cuando se encuentra en una situación terminal y consiente únicamente tratamientos paliativos. En este caso el menor no actúa de forma contraria a su interés por lo que no deberá informarse a los padres si el menor no presta su consentimiento expreso o tácito sin perjuicio de que sea aconsejable aportar al menor en estos casos ayuda psicológica.

Si la ley prevé que cuando el menor con dieciséis años actúa de forma contraria a su interés deberá informarse a los padres sacrificando así la intimidad y autonomía del menor en aras a la protección de sus bienes jurídicos de la personalidad, con mayor razón deberá tomarse esta medida respecto de aquellos menores que por debajo de los dieciséis años tienen capacidad natural pero actúan de forma contraria a su interés.

Por otra parte, cuando el menor no tenga capacidad natural serán los representantes quienes decidan teniendo en cuenta el interés del menor y dándole audiencia cuando tenga doce años o más y, si tiene madurez suficiente, también por debajo de esta edad. Es cierto que la ley establece el deber de oír al menor con doce años pero debemos entender que, si tiene madurez se le deberá oír también por debajo de esa edad porque el art. 9 de la ley orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor prevé el deber de audiencia con carácter general y sin ninguna restricción.



Es cierto, sin embargo, que algunas leyes autonómicas regulan de forma muy restrictiva la posibilidad del menor con capacidad suficiente de consentir por sí mismo tratamientos e intervenciones en el ámbito médico<sup>778</sup> lo cual debería irse corrigiendo paulatinamente por ser contrario al principio de interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar que prevé el art. 2 de la ley orgánica 1/1996.

---

<sup>778</sup> El art. 31.1 c) de la ley de Cantabria 7/2002, de 10 de diciembre de Ordenación Sanitaria de Cantabria dice que el consentimiento será otorgado en régimen de representación “cuando el usuario sea menor de edad, en cuyo caso el consentimiento lo prestará su representante en los términos previstos en el artículo siguiente” que dice que “Los menores serán consultados cuando así lo aconseje su edad y grado de madurez, y siempre valorando las posibles consecuencias negativas de la información suministrada”. Es decir, la regulación cántabra prevé consultar al menor cuando tiene madurez pero nunca permitirle decidir por sí mismo sobre sus tratamientos médicos. Se trata, por tanto, de una regulación que prima el paternalismo por encima de la autonomía del menor.

En similares términos se manifiesta el art. 6.4 de la ley 2/2002, de 7 de abril, de salud de La Rioja que afirma: “El usuario menor de dieciséis años con madurez emocional suficiente debe ser consultado por el médico o equipo médico sobre las decisiones, procedimientos o prácticas que afecten a su salud, con el fin de que su opinión sea considerada y ponderada en atención a su edad y madurez” y se añade que “En todo caso, el consentimiento informado deberán prestarlo en los supuestos y forma establecidos en esta Ley, los representantes legales del menor”. Por tanto, se escucha al menor pero deciden sus representantes.

Un poco más permisivo es el art. 8.2 de la ley navarra 11/2002, de 6 de mayo sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica que dice que “Los menores emancipados y los adolescentes de más de dieciséis años deberán dar personalmente su consentimiento. En el caso de los menores, el consentimiento debe darlo su representante después de haber escuchado su opinión, en todo caso, si es mayor de doce años”. Por tanto, se acepta la capacidad para consentir del menor con más de dieciséis años pero por debajo de esa edad consentirán siempre sus representantes después de haberle escuchado sin tener en cuenta si en el caso concreto el menor tiene capacidad para decidir por sí mismo.

La ley gallega 3/2001, de 28 de mayo sobre normas reguladoras del consentimiento informado y de la historia clínica del paciente establece que cuando el paciente sea menor de edad serán sus representantes legales quienes presten el consentimiento sin perjuicio de que se permita intervenir al menor y se le escuche cuando tenga madurez suficiente. En concreto dice el art. 6 b) de la ley:

“Cuando el paciente sea un menor de edad o incapacitado legal, el derecho corresponde a su padre, madre o representante legal, que deberá acreditar de forma clara e inequívoca, en virtud de la correspondiente sentencia de incapacitación y de la constitución de la tutela, que está legalmente habilitado para tomar decisiones que afecten a la persona del menor o incapaz.

El menor de edad o incapacitado legal debe intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización.

Cuando el médico responsable considere que el menor o el incapacitado legal reúne suficientes condiciones de madurez, le facilitará la información adecuada a su edad, formación o capacidad, además de a su padre, madre o representante legal, que deberá firmar el consentimiento. La opinión del menor o incapaz será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez o capacidad”

#### **2.4. La capacidad como cuestión de hecho: criterios de determinación.**

El art. 9.3 c) de la ley 41/2002, de 14 de noviembre dice que cuando estamos ante un menor emancipado o con dieciséis años no cabe prestar el consentimiento por representación, de lo cual deducimos *a sensu contrario* que deberá prestar el consentimiento el menor por sí mismo. Por tanto, la ley presume la existencia de madurez a los dieciséis años.

El art. 7.2 de la ley catalana 21/2000 de 29 de diciembre establece que el menor emancipado o con dieciséis años deberá prestar el consentimiento por sí mismo de lo cual se deduce *a sensu contrario* que la representación legal quedará excluida en este caso.

Por tanto, en ambas regulaciones existe una edad mínima, los dieciséis años o los catorce en caso de emancipación por matrimonio, a partir de la cual se reconoce la capacidad lo cual no significa que por debajo de dicha edad no puedan existir menores con madurez suficiente para prestar el consentimiento por sí mismos. Lo que ocurre es que en este caso la capacidad ya no se presume sino que deberá evaluarse en cada caso concreto.

Si la capacidad exigida para prestar el consentimiento informado es aquella que se da cuando el menor tiene madurez suficiente, es evidente la dificultad de fijar *a priori* cuándo tiene capacidad para prestarlo el menor con menos de dieciséis años. Sin embargo, existen argumentos que nos llevan a pensar que los doce años puede ser una edad orientativa para considerar que existe madurez suficiente<sup>779</sup>.

En efecto, el art. 7.2 *in fine* de la ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, el art. 14.1 c) *in fine* de la ley 6/2002 de 15 de abril de salud de Aragón y el art. 9.4 de la ley 41/2002 de 14 de noviembre restringen la posibilidad del menor de consentir por sí mismo en los casos de interrupción voluntaria del embarazo, de

---

<sup>779</sup> También la doctrina ha apuntado esta edad como criterio orientativo. Así, GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> del Carmen; *Manual de Derecho Civil. Introducción y derecho de la persona*, Vol. I, Barcelona-Madrid, 2001, pág. 51.

práctica de ensayos clínicos y de reproducción asistida haciendo una llamada a la legislación civil general y a la legislación especial. El art. 12.5 del Real Decreto 561/1993, de 16 de abril que regula los requisitos para la realización de ensayos clínicos dice que deberá prestar el consentimiento a los ensayos el menor siempre que tenga más de doce años, en una clara aplicación de la necesidad de consentimiento del propio menor cuando tenga que realizar una prestación personal<sup>780</sup>, y sus representantes legales después de haber informado al Ministerio Fiscal<sup>781</sup>. Es evidente que la llamada a la intervención de los representantes legales y del Ministerio Fiscal deriva de la especial relevancia y riesgo que comporta someter a un menor a ensayos clínicos pero no es menos cierto que incluso en una actividad médica con tan alto riesgo como los ensayos clínicos la ley prevé de forma expresa que el menor con doce años tiene capacidad suficiente para consentir e incluso deja la puerta abierta a que exista madurez por debajo de esta edad. Por tanto, con mayor razón en otros tratamientos o intervenciones médicas menos peligrosos debe considerarse la posibilidad de existencia de capacidad ya a los doce años o incluso por debajo de esa edad. Ahora bien, no deja de ser cierto que se trata de un criterio orientativo que no evita que deba irse al caso concreto para determinar la existencia de capacidad o no por debajo de los dieciséis años. Lo relevante para determinar la existencia o no de capacidad es la comprobación de la aptitud del menor para entender los riesgos y beneficios del tratamiento o de la intervención, es decir, la comprensión de todos los elementos decisivos en el proceso de decisión<sup>782</sup>.

Se ha apuntado como criterio de determinación la razonabilidad o irrazonabilidad de la decisión tomada, es decir, que el paciente tome una decisión

---

<sup>780</sup> Así lo exige el art. 162 *in fine* CC y el art. 156 CF que además prevé de forma expresa el consentimiento del menor cuando tenga más de doce años y por debajo de esa edad cuando tenga madurez.

<sup>781</sup> El art 12.5 del Real Decreto 561/1993, de 16 de abril que regula los requisitos para la realización de ensayos clínicos dice: "En los casos de menores de edad e incapaces, el consentimiento lo otorgará siempre por escrito su representante legal (...), tras haber recibido y comprendido la información mencionada. *Cuando las condiciones del sujeto lo permitan y, en todo caso, cuando el menor tenga doce o más años, deberá prestar además su consentimiento (...) para participar en el ensayo después de haberle dado toda la información pertinente adaptada a su nivel de entendimiento.* El consentimiento del representante legal y del menor, en su caso, será puesto en conocimiento del ministerio Fiscal, previamente a la realización del ensayo".

<sup>782</sup> SANTOS MORÓN, M.J.; *Op. Cit.*, pág. 75.

idéntica a la que tomaría cualquier persona si se encontrara en la misma situación<sup>783</sup>. Sin embargo, este criterio no debe aplicarse de forma absoluta o exclusiva pues de lo contrario se estaría uniformando el consentimiento a determinados tratamientos e intervenciones cuando lo que debe primar es la libertad en la elección. En cualquier caso, es cierto que la razonabilidad de la decisión es un dato a tener en cuenta para valorar la capacidad del paciente de entender las consecuencias de su decisión<sup>784</sup>.

Otro criterio que debe tener en cuenta el personal médico-sanitario es que el paciente tome la decisión de forma libre sin presiones o condicionamientos que le impidan prestar un auténtico consentimiento<sup>785</sup>. De esta forma, en el supuesto de padecimiento de anorexia por el menor de edad, lo más probable es que, por la propia idiosincrasia de la enfermedad, el menor se niegue a someterse a tratamiento alguno. En este caso, estaríamos ante un supuesto de ausencia de capacidad pese a que el menor pueda estar próximo a alcanzar la mayoría de edad pues es evidente que la voluntad del menor no es libre sino que está condicionada por su enfermedad. Cuando una menor de edad decide abortar porque demuestra un miedo irracional a la reacción de sus padres al conocer el embarazo probablemente tampoco decide de forma libre. O cuando un menor rechaza una transfusión de sangre o cualquier otra intervención médica porque su pertenencia a un grupo de manipulación mental se lo impide, tampoco actúa de forma libre<sup>786</sup>.

---

<sup>783</sup> SANCHEZ-CARO, J.- SANCHEZ-CARO, J.; *Consentimiento informado y psiquiatría...*, cit., pág. 68

<sup>784</sup> SANTOS MORÓN, M.J.; *Op. Cit.*, pág. 75.

<sup>785</sup> SANCHEZ-CARO, J.- SANCHEZ-CARO, J.; *Consentimiento informado y psiquiatría...*, cit., pág. 266.

<sup>786</sup> En contra, GALÁN CORTÉS; *Op. Cit.*, pág. 61 y ss. y SANTOS MORÓN, M.J.; *Op. Cit.*, pág. 75 quienes entienden que el rechazo a las transfusiones de sangre por los testigos de Jehová es un acto de ejercicio de la libertad religiosa. Con todo, GARZÓN REAL, Baltasar; "Responsabilidad civil, negligencia profesional e imprudencia médico-sanitaria", en *La ley*, 1987-4, pág. 820-821 entiende que el límite a la libertad religiosa está en el derecho a la vida por lo que el límite al rechazo de las transfusiones está en el momento en el que sin aquélla peligró la vida de la persona. SOLÉ RESINA Judith; "Tratamientos e intervenciones médicas", en *La protección civil de las personas sometidas a manipulación mental* (Dir. y coord. M<sup>a</sup> del Carmen Gete-Alonso y Calera), Valencia, 2003, pág. 159 y ss. da un paso más y sostiene que cuando la negativa a aceptar el tratamiento proviene de la pertenencia a un grupo de manipulación mental o secta, el paciente no tiene plena capacidad por lo que no podría manifestar el consentimiento por sí mismo y lo que actuarían las reglas de sustitución en esta sede.

Por otra parte, también hay que tener en cuenta que el grado de capacidad exigido variará en función del tipo de tratamiento o intervención necesaria y la gravedad, consecuencias y riesgos que éstas entrañen<sup>787</sup>.

Pero, como se ha señalado, la existencia de capacidad natural para decidir sobre tratamientos e intervenciones médicas tiene una íntima relación con el derecho a la intimidad del menor puesto que, de considerarse que ésta no existe, el menor no podrá prestar su consentimiento u oposición a la intervención por lo que la responsabilidad directa de la decisión pasará a los titulares de la patria potestad. De esta forma, los padres pueden tener conocimiento de un ámbito de la vida privada del menor que quizás éste desea mantener en la intimidad<sup>788</sup>. El deber de guardar secreto médico se refiere a todo lo relativo a la enfermedad, la hospitalización y, si así lo manifiesta el paciente, la confidencialidad se erige también frente a los familiares<sup>789</sup> por lo que sólo podrá informarse a los familiares del menor cuando éste no tenga capacidad, cuando la tenga pero preste su consentimiento expreso o tácito o actúe de forma contraria a sus bienes jurídicos de la personalidad.

Un criterio decisivo en la determinación de la existencia de capacidad para consentir en el menor de edad y, por tanto, el discurrir del proceso médico en el ámbito de su vida privada, es la gravedad de la enfermedad que padece y la decisión que tome en relación a su tratamiento.

Así, como se verá, en un caso de embarazo que se ajuste a los requisitos legales para abortar, si se demuestra la capacidad de la menor, deberá permitirse que sea ella quien preste el consentimiento a la interrupción o no del embarazo.

---

<sup>787</sup> SANTOS MORÓN, M.J.; *Op. Cit.*, pág. 76 y SIMÓN LORDA; “La evaluación de la capacidad de los pacientes para tomar decisiones y sus problemas”, en *Estudios de bioética*, Madrid, 1997, pág. 129.

<sup>788</sup> Piénsese que en casos de embarazos o contagio de sida se está revelando la existencia de relaciones sexuales o de una determinada tendencia sexual,...

<sup>789</sup> ROMEO CASABONA, Carlos M<sup>a</sup>; “Configuración sistemática de los derechos de los pacientes en el ámbito del derecho español”, en INSALUD; *Jornadas sobre los derechos de los pacientes 1990*, Madrid, 1992, pág. 194.

En este caso, ante la falta de gravedad de la intervención prima la confidencialidad y la autonomía del menor en el ámbito de su intimidad médica. Cuestión diferente sería que, por la corta edad de la menor y su falta de desarrollo físico, la continuación del embarazo pudiera comportar un riesgo para la propia menor en cuyo caso debería primar la protección de la salud y la vida de ésta y practicarse el aborto.

En un supuesto de contagio del virus del sida en el que el menor tenga capacidad la situación médica entraña un posible riesgo para la salud del menor. Se trata de una enfermedad que con el tratamiento adecuado puede convertirse de hecho en una enfermedad crónica que permita al paciente llevar una vida relativamente normal. En este caso la vida del menor no peligra de forma inminente y deberá primar también su autonomía y su intimidad en la medida en que tiene capacidad. En cambio, si el menor se niega a someterse al tratamiento adecuado para impedir el desarrollo de la enfermedad, habrá que entender que debe comunicarse la situación a los padres y que sean éstos quienes decidan pues sólo así podrán cumplir con su deber de velar por los hijos. En efecto, nos encontramos ante una situación grave que pone en peligro la vida del menor y ante la existencia de un tratamiento con un altísimo porcentaje de éxito que salvaría su vida que se está rechazando de forma no razonable por el menor. En este caso la confidencialidad y la autonomía del menor cederían ante la necesidad de proteger el bien jurídico a la vida y a la salud del menor.

La protección de la vida y la salud del menor de edad son una cuestión de interés público por lo que debe permitirse, pese a la capacidad natural del menor, que intervengan los padres en ejercicio de un interés legítimo cual es el de cumplir su deber de proteger a sus hijos. Como ya se dijo, el bien jurídico puede protegerse por el propio individuo mediante el ejercicio de un derecho subjetivo fundamental o bien, a través de otra persona mediante la figura del interés legítimo, que en este caso procede de la titularidad de la patria potestad. El bien jurídico a la vida prima sobre el bien jurídico de la vida privada y la autonomía en él inherente.

Con ello, no se pretende negar el derecho a renunciar al tratamiento por parte del menor de edad pues éste se deduce, *a sensu contrario*, de la necesidad del consentimiento informado a cualquier tratamiento o intervención por parte del paciente con capacidad suficiente. Este derecho puede afirmarse incluso cuando está en peligro la vida del paciente, incluso si es menor, pues el art. 15 CE establece el derecho a la vida y no el deber a la vida<sup>790</sup>. Ahora bien, lo que aquí se sostiene es que la posibilidad de renuncia del tratamiento con riesgo para la propia vida queda necesariamente condicionada a la existencia efectiva de madurez suficiente para decidir sobre una cuestión existencial de tal calibre. Y ésta, creemos, no se da en un menor de edad que se niega a recibir un tratamiento que tiene posibilidades de mejorar el estado de su salud<sup>791</sup>. Además, hay que tener en cuenta que no podrá atenderse la negativa a un tratamiento cuando ello sea contrario a la normativa penal o a las normas de deontología médica<sup>792</sup>.

Cuestión diferente es que el menor decida no someterse a tratamiento o intervención alguna cuando estamos ante una enfermedad incurable, en fase terminal o incluso con unas posibilidades remotas de éxito del tratamiento que en cambio con toda seguridad comportará unos efectos secundarios o perjuicios graves para el menor. Así sucedería, por ejemplo, cuando el menor hubiera desarrollado sida y estuviera en fase terminal o cuando estuviéramos ante un tumor maligno cuyas posibilidades de curación tras intervención médica y

---

<sup>790</sup> ROMEO CASABONA, C. M.; “Configuración sistemática de los derechos de los pacientes en el ámbito del derecho español”, cit., pág. 191.

<sup>791</sup> A una conclusión similar llega GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> Carmen; “Protección del menor, consentimiento en el ámbito de las intervenciones sanitarias y libertad ideológica (A propósito de la STS, Sala de los penal, de 27 de junio de 1997)”, en *La notaría*, 1998, nº 11-12, pág. 62 en un supuesto en que un menor con doce años se niega a que le practiquen una transfusión de sangre que podría salvar su vida por motivos religiosos. Afirma la autora que no debe tenerse en cuenta la opinión del menor porque es contraria a su interés.

<sup>792</sup> SOLÉ RESINA, Judith; “El consentiment informat a la llei 21/2000, de 29 de desembre, sobre els drets d’informació concernent a la salut i l’autonomia del pacient, i la documentació clínica. Especial referència al consentiment del menor d’edat en els tractaments i intervencions mèdiques”, en *Boletín. Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*, 2003, nº 109, pág. 329 dice que aunque están permitidas la eutanasia indirecta o la pasiva no lo está la eutanasia activa y que dejar de practicar un tratamiento o intervención que puede salvar la vida a una persona con riesgo inminente de muerte es contrario a la *lex artis* por lo que la negativa del paciente excede de los límites de su derecho de autonomía.

tratamientos adecuados son remotas. En estos casos, prima la confidencialidad y el médico deberá guardar secreto dando por válida la decisión del menor de edad.

En conclusión, en el caso de los menores de edad, el criterio de la aptitud para entender los riesgos y beneficios del tratamiento o intervención deberán venir muy condicionados por el riesgo para la vida del menor que entrañe su situación médica y por la razonabilidad de su decisión puesto que aquí debe encontrarse un equilibrio entre la autonomía del menor en el ámbito de su intimidad y el interés legítimo de los padres en cumplir su deber de velar por los hijos también en el ámbito de su salud.

Ello no significa, por supuesto, que al margen del deber de guardar secreto médico y permitir que sea el menor quien preste el consentimiento si tiene capacidad según los criterios expuestos, no sea aconsejable que los padres conozcan la situación del gran menor para prestarle su apoyo en estos momentos difíciles y ello será lo que suceda en la mayor parte de las ocasiones. Pero, si el menor con capacidad se niega a comunicar su situación a sus padres, salvo el supuesto descrito en que de forma irracional se niega a recibir tratamiento que con toda probabilidad mejoraría su situación, el médico deberá respetar la intimidad del menor de edad y guardar secreto.

#### **2.5. La intervención de terceros en el ámbito del consentimiento informado.**

El art. 10.5 b) de la ley 14/1986, de 25 de abril establecía de forma muy genérica que no era preciso el consentimiento de los pacientes cuando éstos no estuvieran capacitados para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho correspondería a sus familiares o personas a él allegadas. En cambio, el vigente art. 9 de la ley 41/2002 dice expresamente que cuando el menor de edad no tenga capacidad natural suficiente serán sus representantes legales quienes presten el consentimiento. La ley catalana 21/2000 se refiere también a los representantes legales.

Es evidente que estamos ante un ámbito personalísimo por lo que de existir la representación legal ésta debe ser excepcional, someterse a una



interpretación restrictiva y ejercerse en interés del menor<sup>793</sup>. La representación legal en el ámbito del consentimiento informado sólo puede entenderse si se tiene en cuenta que su fundamento es la necesidad de proteger los bienes jurídicos de la personalidad del menor. En efecto, los titulares de la patria potestad y, en su caso, el tutor tienen el deber de velar por el menor, es decir, de proteger su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad de lo cual surge un interés legítimo de los padres en defender estos bienes jurídicos y éste es el contexto en que debe enmarcarse la llamada a la representación legal que hacen las leyes en sede de consentimiento informado. Se produce una sustitución del menor en la prestación del consentimiento pero la actuación viene regida por el deber y el interés de los padres en proteger los bienes jurídicos de la personalidad relacionados con la salud del hijo menor de edad. Como después se verá, los padres no pueden prestar el consentimiento a cualquier tratamiento o intervención médica sino solamente podrán y deberán hacerlo cuando los bienes jurídicos de la personalidad del menor estén en peligro<sup>794</sup>. Por ello, hubiera sido preferible que la ley hablara de actuación de los titulares de la patria potestad o tutela en lugar de referirse a la representación legal.

Se trata, en todo caso, de una representación especial pues no queda al arbitrio del representante el prestar el consentimiento o no sino que éste debe venir determinado por el cumplimiento del deber de velar por la salud del menor. Los padres deberán decidir aquello que comporte un mayor beneficio para el menor ateniéndose a un criterio objetivo. Ello en el ámbito médico altamente especializado se conseguirá a través de la información que presten los facultativos. Pero también habrá que estar a la opinión del menor cuando tenga madurez suficiente para expresarla. No creemos que en menores sin madurez pueda saberse con seguridad aquello que querría el menor cuando fuera mayor como propone la doctrina anglosajona<sup>795</sup> pero sí pueden tenerse en cuenta los

---

<sup>793</sup> En contra, SIMÓN, Pablo; *Op. Cit.*, pág. 317-319 que considera que no estamos ante un acto personalísimo y que, por tanto, los padres actuarían en base a la representación legal.

<sup>794</sup> Se está pensando en las intervenciones de cirugía estética que no podrían ser consentidas por los representantes legales precisamente porque falta el requisito de la necesidad de proteger los bienes jurídicos de la personalidad del menor.

<sup>795</sup> FREEMAN, M.D.A.; *The rights and wrongs of childrens*, London Dover, 1983, pág. 57-58 donde habla de un "future-oriented consent" y dice que "The question we should ask ourselves is:

deseos y la personalidad actual del menor (mayor o menor sensibilidad, seguridad o no,...).

Cuando el tratamiento es claramente beneficioso para el menor, la intervención de los padres debe ser favorable a éste pero las dudas sobre cuál debe ser su actuación surgen cuando la intervención que se pretende practicar no es curativa sino estética o cuando los riesgos del tratamiento y/o intervención son altos y tienen pocas posibilidades de éxito.

En el caso de la finalidad estética de la intervención creemos que, como regla general, los padres no deben dar su consentimiento a este tipo de intervenciones y que deberá esperarse a que el menor alcance la mayoría de edad para hacerlo por sí mismo y varios argumentos avalan esta tesis. La representación legal de los padres debe enmarcarse en el ámbito del cumplimiento del deber de velar por el hijo menor y es evidente que en el supuesto planteado los bienes jurídicos de la personalidad no están en peligro por lo que la representación no está justificada. Los titulares de la patria potestad ejercen un interés legítimo en el cumplimiento del deber de velar por los hijos y esa protección se manifiesta en el ámbito sanitario cuando la salud física o psíquica del menor corre peligro lo cual en general no sucede, obviamente, en el ámbito de la cirugía estética. Por el contrario, los titulares de la patria potestad deberían cumplir con su deber de formar de manera integral al hijo lo cual incluye fomentar la autoestima del menor, la aceptación de su propio yo, formarlo en la idea del esfuerzo para conseguir los propios objetivos,...

Por otra parte, hay que tener presente que la legislación relativa a trasplante y donación de órganos exige siempre que el donante sea mayor de dieciocho años<sup>796</sup> y no se prevé la representación porque, en este tipo de actos de

---

what sorts of action or conduct would we wish, as children, to be shielded against on the assumption that we would want to mature to a rationally autonomous adulthood and be capable of deciding on our system of ends as free and rational beings? We would choose principles that would enable children to mature to independent adulthood”, EKEELAAR, J.; “Importance of thinking that children have rights”, en *Children, Rights and the Law*, Oxford, 1992, pág. 229 y ARCHARD, David; *Children: Rights and Childhood*, London -New York, 1993, pág. 53 que gráficamente dice que los padres “chooses for the child in the person of the adult wich the child is not yet but will eventually be”.

<sup>796</sup> Art. 2 de la ley 30/1979, de 7 de octubre y art. 9 del RD 2070/1999, de 30 de septiembre.

especial gravedad en los que la finalidad no es la protección de la propia vida o salud, se presume que las personas que están por debajo de esa edad no poseen el grado de capacidad de entendimiento y juicio precisado para dar un consentimiento válido<sup>797</sup> y se entiende que al no existir peligro para bien jurídico alguno del menor de edad los padres no pueden intervenir porque no hay interés legítimo ninguno.

En el ámbito de las operaciones estéticas nos encontramos ante una situación similar. Estamos ante una intervención de especial gravedad que va a modificar el físico de la persona de forma sustancial y que, por el contrario, es absolutamente superflua desde el punto de vista de la salud, la integridad física y la vida del menor. En este caso, ni siquiera existe una finalidad altruista como en la donación de órganos. Por ello, entendemos que los padres no pueden intervenir para consentir la intervención en la medida en que en este caso no hay un interés legítimo en la protección del hijo.

Cuestión diferente es que estemos ante cirugía plástica, es decir, aquella cirugía que pretende reconstruir el físico anterior del menor que ha sido desfigurado en un accidente de coche, por unas quemaduras,...o ante una cirugía que pretenda normalizar un defecto o malformación de nacimiento. En estos casos, la intervención puede ser necesaria para el bienestar psíquico del menor pues de no realizarla el menor puede sentir rechazo hacia su nueva imagen, tener problema de autoidentificación o tener complejos importantes que repercutan negativamente en sus relaciones personales. Existiría un interés legítimo de los padres en la protección de la salud psíquica del menor y debería permitirse que prestaran el consentimiento porque en realidad estaríamos ante una intervención terapéutica y no puramente estética<sup>798</sup>.

En relación al consentimiento de los padres para intervenciones o tratamientos que comportan un alto riesgo para la vida del paciente es preciso valorar si la posibilidad de mejora que existe en la operación, aún asumiendo el

---

<sup>797</sup> SANTOS MORÓN, M.J.; *Op. Cit.*, pág. 77.

<sup>798</sup> SANTOS MORÓN, M.J.; *Op. Cit.*, pág. 81.

riesgo que ésta comporta, supera el perjuicio o posibilidad de empeoramiento que se da en la situación actual. Para hacerlo los padres deben regirse por la información que les ofrezcan los médicos, es decir, cobra pleno sentido la expresión consentimiento informado y si el menor tuviere suficiente juicio éste deberá ser escuchado para conocer su opinión<sup>799</sup>. Los padres que serán quienes tomen la decisión guiándose siempre por el interés del menor deberán tener en cuenta tanto el criterio médico como la opinión del menor llegando a una solución consensuada siempre que sea posible. Incluso puede decidirse rechazar el tratamiento si se considera que el perjuicio que supone el tratamiento para el menor no compensa la remota posibilidad de curación<sup>800</sup>.

Cuestión diferente es negarse a aceptar un tratamiento que a todas luces mejorará la salud del menor y sin el cual ésta claramente empeorará como sucede en el paradigmático caso del rechazo a las transfusiones de sangre de los testigos de Jehová. Recordemos que los padres no ejercen un derecho propio ni ajeno sino que cumplen un deber de proteger a los hijos y tal medida es contraria al interés del menor. Los padres están obligados a consentir un tratamiento que mejore la salud del menor en base a los deberes de velar por los hijos y prestarles alimentos que derivan de la titularidad de la patria potestad<sup>801</sup>. Ejercen una potestad u *officium* que les obliga a proteger los bienes jurídicos de la personalidad del menor y no permitir un tratamiento que mejorará la salud del menor es contrario a la función social que los padres están llamados a cumplir.

---

<sup>799</sup> Se ha propuesto en el ámbito de los incapacitados que el representante legal solicite autorización judicial, tal como se establece en el art. 1904 BGB, para evitar posibles responsabilidades en caso de que el tratamiento o la intervención no tengan éxito. Así, SANTOS MORÓN, M.J.; *Op. Cit.*, págs. 86 y ss y LOPEZ FRÍAS, M.J.; *Op. Cit.*, pág. 300. Sin embargo, creemos que no puede primarse la exención de la responsabilidad del representante legal sobre la protección del menor de edad. Y entendemos que, para tomar una decisión en este ámbito, es preferible acudir al médico que al juez.

<sup>800</sup> Piénsese en un cáncer terminal en el que el tratamiento implicaría que el menor tuviera que permanecer en un hospital alejado de su familia, sus amigos y la vida normal de un menor de su edad, sometido a tratamientos dolorosos y traumáticos que todos los indicios llevan a concluir que serán inútiles para salvar la vida del menor. Siendo el resultado final el mismo es más acorde con el interés del menor evitarle los padecimientos propios de los tratamientos contra el cáncer.

<sup>801</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> Carmen; "Protección del menor, consentimiento en el ámbito de las intervenciones sanitarias y libertad ideológica (A propósito de la STS, Sala de lo penal, de 27 de junio de 1997)", en *La notaría*, 1998, n<sup>o</sup> 11-12, pág. 36.

Por ello, ante la negativa de los padres debería acudirse a la autoridad judicial para que permitiera la práctica del tratamiento<sup>802</sup>.

En caso de conflicto entre los padres debería aplicarse el art. 156.2 CC y acudir al juez para que, tras escuchar al hijo que tenga madurez de juicio, establezca qué opinión debe prevalecer para conseguir el interés del menor. Creemos que esta misma solución deberá aplicarse cuando el conflicto surja entre el menor con suficiente capacidad para emitir opiniones pero del que se duda que tenga capacidad para decidir y sus padres<sup>803</sup>. Así, imaginemos un gran menor que padece un cáncer terminal y que manifiesta su voluntad de no someterse a tratamientos invasivos que le provocan dolorosos efectos secundarios y que no conseguirán curar la enfermedad por su avanzada situación. Es natural que los padres se resistan a aceptar la voluntad del menor por muy razonada que ésta esté. Pues bien en este caso puede acudirse a la autoridad judicial para que si el menor manifiesta suficiente capacidad natural, razona su decisión, ... se permita al menor negarse al tratamiento.

### **3. PROBLEMAS CONCRETOS.**

#### **3.1. Sida y menor de edad.**

El SIDA (síndrome de inmunodeficiencia adquirida) es el último estado de la infección por el virus de la inmunodeficiencia humana o VIH<sup>804</sup>, si bien en muchas ocasiones se habla simplemente de sida sin hacer esta diferenciación.

Cuando un menor de edad padece o está infectado por el VIH, se pueden presentar una serie de problemas en relación a la protección de su intimidad. En efecto, el secreto médico y el respeto a la intimidad del hijo menor en otros en los que el menor se desenvuelve como la familia, la escuela, asociaciones infantiles,... puede plantear serios problemás ético-jurídicos. Por otra parte, la

---

<sup>802</sup> SOLÉ RESINA, J.; "Tratamientos e intervenciones médicas", cit., pág. 158 y GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.; "Protección del menor, consentimiento en el ámbito de las intervenciones sanitarias y libertad ideológicas", cit., pág. 44-45.

<sup>803</sup> GALÁN CORTÉS; *Op. Cit.*, pág. 34.

<sup>804</sup> SANCHEZ-CARO, Javier-GIMÉNEZ CABEZÓN, José Ramón; *Derecho y sida*, Madrid, 1995, pág. 1.

posibilidad de aceptar la manifestación del consentimiento informado para recibir o no tratamiento va a suponer un conflicto entre la autonomía del menor necesaria para respetar su derecho a la intimidad y el peligro para su salud o, incluso su vida, o la de terceros.

Ante la inexistencia de normativa específica en relación a este tema, debe aplicarse la normativa general del art. 162.2 CC y 155.2 CF que establecen que cuando el menor de edad tenga madurez suficiente ejercerá por sí mismo sus derechos de la personalidad. En general en el ámbito sanitario también recoge esta norma el art. 7.2 d) de la Llei 21/2000, de 29 de desembre, sobre els *drets d'informació concernent a la salut i l'autonomia del pacient, i la documentació clínica*, el art. 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 y el art. 3 del Real Decreto 1575/1993, de 10 de septiembre, por el que se regula la libre elección de médico en los servicios de atención primaria del Instituto Nacional de la Salud.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que entran aquí en conflicto dos bienes jurídicos de la personalidad del menor, la salud y la intimidad, por lo que en cada caso deberá ponderarse junto con las reglas generales de capacidad, qué derecho debe protegerse.

En relación al pequeño menor, no debe negársele cualquier tipo de información necesaria para evitar el contagio o para, una vez contagiado, realizar un tratamiento y control adecuados de la enfermedad siempre y cuando tenga madurez necesaria para entenderlo y utilizando siempre un lenguaje y una información adecuada a la capacidad natural del menor<sup>805</sup>. Con ello quiere decirse que cuando un menor de doce o trece años acude a un Centro de Atención Primaria, quizás no tiene capacidad suficiente para decidir, en caso de

---

<sup>805</sup> El art. 5.2 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 dice que el paciente será informado incluso en caso de incapacidad, supuesto en el que hemos de entender comprendido al menor con la capacidad limitada, de forma adecuada a sus posibilidades de comprensión. También el art. 3.2 de la ley 21/2000, de 29 de diciembre de derechos de información concernientes a la salud y a la autonomía del paciente, y la documentación clínica dice que deberá informarse al paciente incapaz en función de su grado de comprensión.

estar infectado, sobre el tratamiento a seguir,... pero sí es lo suficientemente maduro para comprender las formas de contagio y la manera de evitarlas. Hay que diferenciar, por tanto, entre capacidad para comprender y capacidad para decidir. Por otra parte, es evidente que la información que se proporcione al menor estará directamente vinculada a su grado de desarrollo intelectual y emocional puesto que la información suministrada debe estar impregnada por un criterio subjetivo<sup>806</sup>. Así, la información no puede ser igual respecto de un menor de siete años que respecto de uno de trece puesto que el menor de trece años tiene mayor posibilidad de entrar en contacto con ambientes o vivir situaciones de riesgo que el menor de siete años y, por tanto, también tiene mayor madurez para comprender determinadas explicaciones.

Ahora bien, como se ha dicho, cuestión diferente es que un pequeño menor que ya está infectado con el VIH tenga capacidad natural para decidir sobre el tratamiento a seguir puesto que con toda probabilidad no es capaz de comprender conceptos como la muerte, la gravedad de la enfermedad,... o de asumir la carga que supone para un paciente esta enfermedad.

El art. 5.2 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 que el paciente será informado, según el criterio del médico que le asiste, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, “cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal”<sup>807</sup> y el art. 3.2 de la ley 21/2000, de 29 de diciembre de derechos de información concernientes a la salud y a la autonomía del paciente, y la documentación clínica dice que en caso de incapacidad del paciente, éste debe ser informado en función de su grado de comprensión “sin perjuicio de tener que informar también a quien

---

<sup>806</sup> Arts. 4.2 y 5.2 de la ley 41/2002, arts. 2.2 y 3.2 de la ley 21/2000, 5.1 de la ley orgánica 1/1992 y art. 6 b) del Convenio de Oviedo.

<sup>807</sup> El derogado art. 10.6 b) de la ley 14/1986, de 25 de abril general de sanidad hablaba en general de informar a los familiares o personas allegadas cuando no existiera capacidad de hecho. Con la nueva redacción se concreta que, además de informar a familiares en casos de personas adultas sin capacidad natural, las personas que deben ser informadas en el caso de los menores de edad son los representantes legales pero la anterior redacción nos da la clave para interpretar que el criterio que determina la necesidad de informar es la efectiva existencia de capacidad natural o no.

tenga su representación”. En ambas regulaciones se habla, por tanto, de los representantes legales de pacientes incapaces y no de menores de edad de lo cual debe deducirse que la ley se refiere a aquellos menores que realmente no tienen capacidad natural pues de lo contrario habría hablado de informar a los representantes de los menores y de los incapacitados. Pero no es así pues la ley se refiere a personas que se encuentren en la situación fáctica de incapacidad natural lo cual incluye a los menores sin madurez y a las personas incapacitadas pero no a los menores con autogobierno al menos como norma general.

Son los representantes quienes tienen el deber de velar por los hijos menores de edad sin capacidad natural que en este caso se manifiesta en el deber de actuar de la forma más adecuada para proteger la salud y la vida del menor. No se trata de un derecho de los padres o tutor pues el derecho a la vida y a la salud pertenece de forma personalísima al hijo pero sí de un interés legítimo y un deber de los padres en la protección de los bienes jurídicos de la personalidad de los hijos menores de edad que entra en juego precisamente cuando el derecho subjetivo no puede ejercerse personalmente por el menor porque carece de capacidad natural suficiente.

Es evidente que ello provoca una intromisión en la intimidad del menor de edad que, sin embargo, está plenamente justificada en la medida en que nos encontramos ante una situación de conflicto entre el bien jurídico a la intimidad y los bienes jurídicos a la vida y a la salud del menor. En esta situación, no podemos proteger la vida y la salud del menor sin vulnerar la confidencialidad y es evidente que el derecho a la intimidad debe ceder ante el derecho a la vida y a la salud.

En relación al gran menor, es obvio que tiene madurez para entender la información relativa a la prevención del VIH y, además, puesto que por su edad es más probable que realice actividades que comporten un riesgo de contagio, sería contraproducente y contrario a la protección de su salud y su vida negarle la autonomía suficiente para solicitar información o negarle la confidencialidad al respecto. El médico no debe comunicar a los padres que el menor ha solicitado información sobre métodos de prevención del VIH puesto que en la medida en



que tal cuestión afecta a actividades íntimas es posible que el menor quiera guardar secreto al respecto. No garantizar la confidencialidad en relación a medidas de prevención en el ámbito de la sexualidad, por ejemplo, sería contraproducente y podría comportar consecuencias graves para la salud del menor.

En relación a la realización del test del sida, a la confidencialidad de un diagnóstico positivo y a la posibilidad de que el menor preste por sí mismo consentimiento para el tratamiento hay que hacer un estudio más detenido.

Es evidente que un gran menor tiene, sobre todo en edades próximas a la mayoría, un grado de desarrollo intelectual y emocional notable por lo que es preciso respetar su autonomía y su intimidad<sup>808</sup>. Creemos que el gran menor tiene capacidad suficiente para solicitar la realización de un test para averiguar si existe contagio de VIH pues la sola preocupación al respecto denota, al menos en ese momento, una actitud responsable ante la enfermedad. Además, negar la posibilidad de realizar el test sin el consentimiento de los padres podría comportar consecuencias contraproducentes y peligrosas para la salud del menor y para la de terceras personas.

Ahora bien, cuando el test demuestra la existencia efectiva de contagio, debemos tener presente que estamos ante una situación médica muy grave en la que está en peligro la salud y la vida del menor. Y, si determinadas leyes exigen la mayoría de edad para poder disponer de órganos por presuponer que antes de la mayoría no existe capacidad natural suficiente para tomar decisiones, es pensable que para tomar decisiones de las que puede depender la propia vida tampoco exista esta capacidad. Por otra parte, si el menor no ha tomado las precauciones necesarias para evitar el contagio es evidente que, por falta de madurez o de información, no ha tenido hasta el momento una actitud

---

<sup>808</sup> Como regla general se presume que a los dieciséis años se tiene capacidad natural suficiente para consentir tratamientos e intervenciones médicas. Entre los doce y los dieciséis años habrá que estar al caso concreto y por debajo de los doce años se presume que no hay madurez como regla general lo cual no significa que en determinados casos y para determinados tratamientos sí que exista. Parece que en el caso de menores infectados con el VIH existe capacidad natural a partir de los dieciséis años, como regla general.

responsable ante su vida sexual u otras actividades que pueden comportar el contagio del virus (compartir jeringuillas,...).

Sin embargo, las limitaciones de la capacidad del menor deben interpretarse de forma restrictiva y ello de forma especial en este ámbito donde la intimidad del menor está en juego. Es evidente que junto con el conocimiento del contagio de VIH, los padres conocerán otros datos de la vida privada del menor aparejados a dicho contagio. Cuando el menor tiene capacidad natural y actúa de forma responsable, debe respetarse la confidencialidad de su situación si así lo solicita. Por el contrario, si el menor, aunque tenga dieciséis años, actúa de forma que pone en grave peligro su salud, el médico no sólo queda relevado del deber de secreto sino que debe informar a los padres en base al interés legítimo que ostentan y al deber de velar por los hijos que les impone la titularidad de la patria potestad<sup>809</sup>.

Parece adecuado aquí aplicar el criterio de la razonabilidad de la decisión que pretenda tomar el menor. Si éste parece tener madurez suficiente al enfrentarse a la enfermedad, tiene una actitud positiva hacia el tratamiento manifestando su voluntad de someterse a él y expresa la decisión de que su situación médica no sea comunicada a sus padres, el médico debe respetar la confidencialidad de la situación del paciente<sup>810</sup>. En efecto, el bien jurídico de la vida del menor no está en peligro, o como mínimo su situación médica no cambia por el hecho de que se informe a sus representantes legales, por lo que parece que la justificación del deber de velar por los hijos que tienen los padres no es suficiente aquí para romper la confidencialidad. Prima el derecho a la intimidad del menor por encima del interés legítimo de los padres de proteger al menor de una situación, el peligro para su salud o su vida, que, *de facto*, no se da. La

---

<sup>809</sup> Así se desprende del art. 9.3 c) de la ley 41/2002 de 14 de noviembre.

<sup>810</sup> En contra, SANCHEZ-CARO, J.-GIMÉNEZ CABEZÓN, J. R.; *Derecho y sida*, cit., pág. 60 donde afirman que “no puede deducirse, por el momento, una interpretación extensiva que, en contemplación al momento en que han interpretadas las leyes (la realidad social actual), entienda que el menor, al gozar del derecho a la protección de la salud, que es un derecho de la personalidad, pueda actuar autónomamente en lo relativo a la realización del test universal del SIDA. Mucho menos, claro está, si se contempla la realización de un tratamiento, al margen de las cuestiones de urgencia y de que los padres deban ejercer la patria potestad en beneficio de los hijos”.

intervención paterna no mejoraría en nada la salud del menor y, en cambio, vulneraría su derecho a la intimidad. El daño que se le causaría sería mayor que el que se pretende evitar.

Por el contrario, si el menor decide no someterse a tratamiento alguno, es evidente que su vida y su salud, y potencialmente también las de terceros, corren peligro y que su actitud poco reponsable hacia el tratamiento debe hacer concluir que el menor no está capacitado para tomar una decisión sobre el mismo. Por tanto, la enfermedad deberá comunicarse a los padres cuya opinión será escuchada en aras a la consecución de llegar a un consenso sobre el tratamiento adecuado, si bien en caso de no conseguirse éste, debería decidir el juez.

Aún en el caso de que se considere que el menor de edad tiene capacidad suficiente para consentir sobre el tratamiento surge la duda de si debe romperse la confidencialidad en relación a sus familiares o en la escuela a la que asiste el menor para evitar el contagio a otras personas. El criterio que debe utilizarse para resolver esta situación es tan sencillo como determinar cuándo existe efectivamente un riesgo de contagio pues sólo en este caso el médico estará legitimado para informar<sup>811</sup>. Así lo dispone el art. 18.3 del Código de Ética y Deontología Médica cuando afirma el médico podrá revelar el secreto con discreción “Si con el silencio se diera lugar a un perjuicio al propio paciente o a otras personas, o un peligro colectivo” y el art. 30 d) del Código deontológico del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona que releva al médico del deber de guardar secreto profesional cuando de él pudiera derivar un perjuicio para el propio paciente o terceras personas. En igual sentido, el art. 9.5 del informe de la reunión organizada en Ginebra por el Centro de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1989.

De los informes de la Organización Mundial de la Salud<sup>812</sup> se deduce que, en el contacto ordinario con la familia no se producen situaciones de riesgo y,

---

<sup>811</sup> ROMEO CASABONA, C. M.-CASTELLANO ARROYO, M.; *Op.Cit.*, pág. 11, PÉREZ VENEGAS, Francisco; “El secreto médico profesional y situaciones de conflicto”, en *Revista general del derecho*, 1997, nº 628-629, págs. 155 y HERRERO-TEJEDOR, Fernando; *La intimidad como derecho fundamental*, Madrid, 1998, pág. 160-161.

teniendo en cuenta que cuando los padres no conocen la situación es porque el menor demuestra madurez y responsabilidad en relación a la enfermedad, no parece que en esta situación deba comunicarse a los familiares por no existir riesgo efectivo de contagio.

Cuestión diferente es la del cónyuge o pareja para el cual evidentemente sí existe un peligro inminente de contagio que debe evitarse<sup>813</sup> o incluso la posibilidad de haberse contagiado ya y tener que tratarse. Hay que tener en cuenta que la ruptura del secreto médico afecta a la confidencialidad y debe utilizarse como último recurso cuando el paciente se niegue a comunicarlo a terceras personas que puedan sufrir un perjuicio mayor que el que se evita respetando la intimidad del enfermo<sup>814</sup>.

En relación a la escolarización del menor de edad infectado con VIH<sup>815</sup>, creemos que no existe un peligro real de contagio por lo que no debe hacerse pública la enfermedad por ser ello contrario a la intimidad del menor. Por supuesto, tampoco puede impedirse la escolarización del menor pues lo contrario supondría una clara discriminación del mismo lo cual sería contrario al derecho a la igualdad (art. 14 CE), al derecho a la educación (art. 27 CE) y al punto 7 del informe que la Organización Mundial de la Salud estableció con motivo de la

---

<sup>812</sup> La Organización Mundial de la Salud estableció con motivo de la celebración del día mundial del SIDA el 1 de diciembre de 1992 una serie de puntos en los que afirma que “Sabemos que la infección del VIH se transmite principalmente a través de la relación sexual. Como otras enfermedades transmitidas sexualmente, el virus del SIDA se puede adquirir a través de la sangre o productos sanguíneos infectados y de una madre infectada a su hijo, antes durante y poco tiempo después del nacimiento” (punto 3) y que “El VIH es un virus que no sobrevive fácilmente fuera de cuerpo. No se transmite por un contacto casual en el trabajo o en la escuela. No se comunica a través de los alimentos o el agua, ni por compartir vasos, ni por estornudar o toser en piscinas o en baños. No se transmite por mosquitos u otros insectos. Esto significa que uno no puede infectarse por un contacto social ordinario”.

<sup>813</sup> ROMEO CASABONA, C. M.-CASTELLANO ARROYO, M.; *Op.Cit.*, pág. 11 y SÁNCHEZ-CARO, J.-SÁNCHEZ-CARO, J.; *El médico y la intimidad*, cit., págs. 139-141 quien hace referencia a un caso que se planteó a la Comisión Deontológica del Colegio de Médicos de Madrid en el cual un paciente casado y con una hija fue diagnosticado en un Centro de atención primaria de infección por VIH y, pese a los esfuerzos del médico, se negó a informar del diagnóstico a su esposa. La Comisión Deontológica del Colegio de Médicos de Madrid estimó que era preciso determinar si la esposa estaba contagiada y, si ello no hubiera ocurrido, informarla de las medidas preventivas a tomar.

<sup>814</sup> SÁNCHEZ-CARO, J.-SÁNCHEZ-CARO, J.; *El médico y la intimidad*, cit., pág. 147.

<sup>815</sup> Sobre este tema ver el auto de 10 de abril de 1990 de la Audiencia Provincial de Málaga.

celebración del día mundial del SIDA el 1 de diciembre de 1992<sup>816</sup>. Debe tenerse en cuenta el carácter estigmatizante y discriminatorio que esta infección tiene todavía en nuestra sociedad<sup>817</sup> por lo que parece que, no existiendo riesgo de contagio en las relaciones escolares normales, hacer pública la enfermedad sería contrario al interés del menor.

### 3.2. Aborto y menor de edad.

En relación al aborto<sup>818</sup> rige en el ordenamiento jurídico español, pese a la polémica que ello ha suscitado<sup>819</sup>, el sistema de indicaciones según el cual la regla general es que el aborto constituye delito en todas las etapas de la gestación pero existen una serie de situaciones de conflicto que funcionan a modo de excepción a la regla por implicar una causa de justificación. El aborto no será punible cuando haya sido realizado por un médico o bajo su dirección en centro público o privado, con consentimiento expreso de la embarazada y con la concurrencia de alguna de las indicaciones legalmente establecidas, a saber, la terapéutica, la eugenésica y la ética o criminológica.

La indicación terapéutica se da cuando el aborto sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada<sup>820</sup>. El

---

<sup>816</sup> En este punto se afirma que el aislamiento de las personas infectadas no es la solución porque además de ser una violación de sus derechos humanos, la discriminación de estas personas puede comportar también problemas para la salud pública como provocar fuera de los grupos estigmatizados la falsa sensación de que están fuera de peligro y conduce a problemas de secretismo en la enfermedad lo cual dificulta su prevención.

<sup>817</sup> ROMEO CASABONA, C. M.-CASTELLANO ARROYO, M.; *Op.Cit.*, pág. 10 y SÁNCHEZ-CARO, J.-SÁNCHEZ-CARO, J.; *El médico y la intimidad*, cit., pág. 143.

<sup>818</sup> Arts. 144 a 146 del CP, art. 417 bis del CP derogado que queda en vigor por aplicación de la Disposición Derogatoria única 1ª) del actual CP y RD 2409/1986, de 21 de noviembre.

<sup>819</sup> Al sistema de indicaciones se suele contraponer el sistema del plazo por el cual el aborto sería legal siempre y cuando se respetaran determinados plazos legalmente establecido sin necesidad de ningún otro requisito. Sobre los pros y contras de ambos sistemas así como de posibles alternativas ver LAURENZO COPELLO, Patricia; "Reflexiones sobre la reforma del aborto", en *Actualidad Penal*, 1994-1, nº VII, págs. 117-148 y ROMEO CASABONA, Carlos María; *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, 1994, pág. 290-298.

<sup>820</sup> Existe una notable polémica sobre si esta indicación incluye los trastornos anímicos y psicológicos que puede causar en la mujer una situación social o económica grave. El Tribunal Supremo se manifestó al respecto en la STS de 11 de diciembre de 1990 haciendo una interpretación restrictiva de la indicación terapéutica alegando que la letra de la ley exige que el peligro para la vida o salud de la madre sea grave. Sin embargo, admite la existencia de la eximente genérica del estado de necesidad entendiendo que la grave situación económica de la familia con

embarazo de una menor de edad no supone automáticamente la existencia de grave peligro para la salud psíquica de ésta pero la minoría de edad es un dato a considerar seriamente puesto que es evidente que la asimilación del estado de gravidez por una menor que por madura que sea todavía está formando su personalidad y su físico no es la misma que la de una mujer que ha alcanzado ya plena madurez<sup>821</sup>. Esta situación, para la que no se exige plazo ninguno se fundamenta en la primacía de la vida de la madre, que ya es persona y, por tanto es titular de los derechos a la vida, a la salud, a la intimidad,...sobre el mantenimiento de la vida del feto que implica la existencia de un bien jurídico a la vida y, como tal, protegible, pero no de un derecho a la vida<sup>822</sup>.

La indicación eugenésica se da cuando se presume que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas siempre que el aborto se realice dentro de las veintidós primeras semanas de embarazo<sup>823</sup>. Ello se basa en la no exigibilidad de otra conducta pues se considera que no puede imponerse a la madre y la familia una carga muy superior a la que exige normalmente la paternidad<sup>824</sup>.

Finalmente la indicación ética o criminológica se produce cuando el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de un delito de violación siempre y cuando el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de

---

los consiguientes peligros de desatención a los hijos ya habidos y los posibles perjuicios para la salud física o psíquica de la mujer resultaban suficientes para admitir un conflicto entre la vida del nasciturus y los derechos a la intimidad, dignidad y libre desarrollo de la personalidad de la madre que implicaban la existencia de un estado de necesidad con lo cual en la práctica se deja la puerta abierta al llamado cuarto supuesto que implica la posibilidad de abortar cuando se de un estado de necesidad. Ahora bien, como ha puesto de relieve LAURENZO COPELLO, P.; *Op. Cit.*, pág. 129 “cualquiera sea la configuración que se elija para definir la indicación económico-social, ésta seguirá apareciendo siempre como una excepción al principio de punición general del aborto, con la inevitable consecuencia de dejar abierta la instancia de control judicial posterior” y, por tanto, el mantenimiento de la incertidumbre.

<sup>821</sup> ROMEO CASABONA, C. M.; *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, cit., pág. 344.

<sup>822</sup> STC 53/1985, de 11 de abril de 1985.

<sup>823</sup> Entiende BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; *Manual de Derecho Penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, Madrid, 1986, pág. 133 que los plazos, tanto en la indicación eugenésica como ética, deben empezar a contarse desde la anidación lo cual se produce al decimotercer día después de la fecundación.

<sup>824</sup> SANTOS MORÓN, M.J.; *Op. Cit.*, pág. 160.

gestación y que el delito hubiese sido denunciado. No puede exigirse otra conducta a la madre pues no puede imponérsele el deber de soportar unas consecuencias tan indeseables como el deber de soportar un embarazo no deseado producto de una violación<sup>825</sup>.

El aborto es una intervención médico-quirúrgica por lo que la capacidad requerida para dar el consentimiento al aborto debe regirse por las reglas relativas a la capacidad para consentir tratamientos o intervenciones médicas en general<sup>826</sup>. El art. 9.4 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 que la “interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación”. Por su parte, el art. 7.2 d) *in fine* de la *Llei 21/2000, de 21 de desembre sobre els drets d’informació concernent a la salut i a l’autonomia del pacient, i la documentació clínica*, tras afirmar que la capacidad necesaria para consentir tratamientos y intervenciones médicas es la natural, establece que “en els supòsits legals d’interrupció voluntària de l’embaràs, d’assaigs clínics i de pràctica de tècniques de reproducció asistida, cal atènyer-se al que estableix amb caràcter general la legislació civil sobre majoria d’edat i, si s’escau, la normativa específica que hi sigui aplicable”. Por último el art. 14.1 c) *in fine* de la ley 6/2002, de 15 de abril de salud de Aragón también dice que “en los supuestos legales de interrupción voluntaria del embarazo, de ensayos clínicos y de práctica de técnicas de reproducción asistida, se estará a lo dispuesto con carácter general por la legislación civil sobre mayoría de edad, así como a lo establecido en la normativa específica en estas materias”. Ya en las discusiones parlamentarias se entiende que debe suprimirse la referencia a la interrupción voluntaria del embarazo pues la redacción llama a engaño y parece exigir que las menores de edad no pueden consentir el aborto<sup>827</sup> y también la doctrina ha

---

<sup>825</sup> SÁNCHEZ-JUNCO MANS, Javier; *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, Tomo II, Granada, 2002, pág. 1327.

<sup>826</sup> SANTOS MORÓN, M.J.; *Op. Cit.*, pág. 162.

<sup>827</sup> Así el Grupo Parlamentario Mixto en la enmienda número 6 a la ley según recoge PALOMARES BAYO, Magdalena-LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, Javier (Coords.); *El*

criticado tal referencia<sup>828</sup>. Sin embargo, y pese a que la referencia se ha mantenido, creemos que puede hacerse una interpretación del precepto que permita entender que la menor con madurez suficiente puede prestar el consentimiento a la interrupción del embarazo por sí misma.

Si bien la normativa relativa a reproducción asistida exige que el donante sea mayor de dieciocho años<sup>829</sup>, la normativa relativa al aborto en lugar alguno establece una edad determinada ni la necesidad de capacidad de obrar o natural por lo que entendemos que deberán aplicarse las normas generales relativas a la capacidad natural exigida en los derechos de la personalidad y en las intervenciones y tratamientos médicos.

En primer lugar, aunque la ley 41/2002 habla de lo establecido con carácter general sin otra precisión, debe entenderse hecha la referencia a la legislación civil general pues así lo contempla la ley catalana 21/2000, que la ley estatal parece querer reproducir en este punto, y la ley aragonesa 6/2002. Pues bien, tanto la legislación civil común (art. 162 CC) como la catalana (art. 155 CF) entienden que en el ámbito de los derechos de la personalidad podrá actuar el menor por sí mismo cuando tenga madurez suficiente. Por tanto, lo establecido con carácter general por la legislación civil es que no es preciso haber alcanzado la mayoría de edad para que el menor actúe en los actos personalísimos sino que basta con que tenga suficiente madurez. En efecto, las normas generales sobre mayoría de edad en la legislación son que el menor tiene su capacidad de obrar limitada hasta que alcance la mayoría de edad excepto en el ámbito de los derechos de la personalidad en cuyo caso podrá actuar cuando tenga madurez suficiente. Es cierto que las leyes relativas al consentimiento informado se refieren a la normativa sobre mayoría de edad y no a las normas sobre ejercicio de

---

*consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital. Análisis de la legislación europea, nacional y autonómica. Estudio de su evolución jurisprudencial*, Granada, 2002, págs. 117-118.

<sup>828</sup> SOLÉ RESINA, J.; "El consentiment informat a la llei 21/2000...", cit., pág. 334-335 considera que tal previsión es inadmisibile por ser contraria al principio general de tener en cuenta la madurez del menor en el ámbito de los derechos de la personalidad por lo que afirma que *de lege ferenda* se debería permitir a la menor con madurez suficiente decidir sobre este tema.

<sup>829</sup> Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida y RD 412/1996, de 1 de marzo.



derechos de la personalidad que aquí se traen a colación pero creemos que un estudio integrado de estas reglas permite llegar a la interpretación aquí defendida en relación a la posibilidad de consentir el aborto por la menor con madurez suficiente. El menor no adquirirá plena capacidad de obrar hasta alcanzar la mayoría de edad a los dieciocho años pero no será necesaria la plena capacidad de obrar, ni por tanto la mayoría de edad, para ejercer los derechos de la personalidad sino que bastará la capacidad natural.

Por otra parte la legislación penal especial tampoco prevé que sea necesaria la mayoría de edad para consentir el aborto sino que habla siempre de consentimiento expreso de la embarazada al margen de cual sea su edad<sup>830</sup>. Parte de la doctrina entiende que por debajo de la edad de imputabilidad penal no existe capacidad para consentir el aborto lo cual equivaldría a los dieciséis años con la legislación anterior<sup>831</sup> y a los dieciocho tras la ley penal del menor<sup>832</sup>. En cambio, otro sector doctrinal mayoritario considera que el consentimiento será válido siempre que la mujer tenga capacidad natural suficiente<sup>833</sup> para comprender que el aborto implica una intervención en su propio cuerpo que destruirá el feto<sup>834</sup> y que la continuación del embarazo en la indicación terapéutica

---

<sup>830</sup> El art. 417 bis CP redactado conforme a la ley orgánica 9/1985, de 5 de julio dice que “no será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y *con consentimiento de la embarazada*, cuando concurra alguna de las indicaciones previstas. Por su parte, el art. 4.1 del Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre dice que “Con independencia de las notificaciones que proceden conforme a la orden de 16 de junio de 1986, en los centros o establecimientos públicos o privados que hayan sido precisos para la práctica legal del aborto, así como el relativo al consentimiento expreso de la mujer embarazada. En los casos de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del consentimiento expreso, conforme a lo previsto en la ley orgánica 9/1985, de 5 de julio” y se añade que “Se mantendrá la confidencialidad de esta información conforme al artículo 10.3 de la Ley General de Sanidad” referencia que hoy debe entenderse hecha al art. 7 de la ley 41/2002, de 14 de noviembre.

<sup>831</sup> Así BAJO FERNANDEZ, M.; *Op. Cit.*, pág. 132.

<sup>832</sup> SÁNCHEZ-JUNCO MANS, J.; *Op. Cit.*, pág. 1328.

<sup>833</sup> Son de esta opinión ROMEO CASABONA, C. M.; *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, cit., pág. 337, ARROYO ZAPATERO, Luis; “Los menores y los incapaces ante el aborto y la esterilización”, en *Estudios criminológicos*, Vol. XI, Santiago de Compostela, 1988, pág. 14, SANTOS MORÓN, M.J.; *Op. Cit.*, pág. 165, PÉREZ DEL VALLE, Carlos; *Comentarios al Código Penal* (dir. por Manuel Cobo del Rosal), Tomo V, Madrid, 1999, pág. 335 y el mismo autor en *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia* (dir por Conde Pumpido), Tomo II, Madrid, 1997, pág. 1849.

<sup>834</sup> ROMEO CASABONA, C. M.; *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, cit., pág. 337.

supondrá peligro para la propia vida o salud mientras que la asunción de la maternidad en la indicación eugenésica y ética conllevará una serie de cargas añadidas que la menor debe comprender en toda su magnitud<sup>835</sup>. Es cierto que la legislación no soluciona de forma expresa cuál es la capacidad requerida para consentir el aborto pero no parece que sea conveniente entender que ésta coincide con la mayoría de edad penal. Ésta hace referencia a la edad a partir de la cual al menor se le pueden imputar actos que constituyen un delito mientras que en el caso que nos ocupa estamos hablando de la capacidad necesaria para realizar un acto lícito y legal pues se trata de consentir un aborto en el que concurre alguna de las indicaciones legalmente contempladas. En definitiva, la legislación especial sobre el aborto exige el consentimiento de la embarazada sin exigir que ésta sea mayor de edad y debe tenerse en cuenta que el Código penal es una ley orgánica por lo que aunque anterior en el tiempo es jerárquicamente superior a las leyes sanitarias que son meras leyes ordinarias.

La ley orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor establece en su art. 2.2 que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores de edad deberán interpretarse de forma restrictiva. Por ello, pensamos que puesto que la legislación penal especial sobre el aborto no limita la capacidad de obrar del menor y la legislación civil general hace referencia a la capacidad natural del menor para consentir en el ámbito de sus derechos de la personalidad, debe concluirse que la menor de edad que tenga madurez suficiente podrá consentir válidamente por sí misma la interrupción del embarazo.

A la misma conclusión debe llegarse si tenemos en cuenta que la Exposición de Motivos de la ley orgánica 1/1996 hace una llamada a la necesidad de fomentar la autonomía del menor<sup>836</sup> pues la necesidad de consentimiento

---

<sup>835</sup> SANTOS MORÓN, M.J.; *Op. Cit.*, pág. 166.

<sup>836</sup> Dice la Exposición de Motivos de la ley orgánica 1/1996 que “El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que *la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección de la infancia es promover su autonomía como sujetos*. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad. Y, por tanto, es el reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de protección de las personas menores de edad”.

protege la autonomía de la mujer que debe ponderar el conflicto de intereses entre asumir el riesgo, el sacrificio del embarazo y la posterior maternidad o no y constituye, por tanto, un acto personalísimo<sup>837</sup>. Lo mismo cabe decir del art. 2.1 de la misma ley que entiende que los derechos del menor deben interpretarse de la forma más favorable a su interés pues es evidente que impedir que la menor consienta el aborto cuando tiene capacidad natural es contrario a su dignidad y al libre desarrollo de su dignidad.

Se propone, por tanto, aquí una interpretación sanitaria que permite entender que para prestar el consentimiento a la interrupción voluntaria del embarazo es suficiente con que la menor tenga madurez. En cualquier caso, sería conveniente que el legislador modificara la redacción confusa de la ley para que esta posibilidad se desprendiera de la literalidad del precepto sin necesidad de acudir a una interpretación integrada y un tanto compleja de las normas.

Cuando hablamos de la posibilidad de consentir el aborto por una menor de edad no sólo debe ponderarse la existencia de un conflicto entre la vida del feto y una conducta no exigible para la madre por existir, riesgo para su vida o salud, riesgo de taras físicas o psíquicas para el feto o ser el embarazo fruto de una violación. En este caso también hablamos de un conflicto entre la vida del feto y el derecho fundamental a la intimidad de la madre que quedaría vulnerado si se le niega la posibilidad de consentir el aborto cuando tiene capacidad natural para hacerlo. En efecto, si estamos ante alguna de las indicaciones y no se permite a la menor capaz consentir el aborto, deberá comunicarse la existencia del embarazo de la menor y la concurrencia de la indicación en cuestión a los representantes legales con lo cual se está produciendo una intromisión en la intimidad de la menor. Y debe tenerse en cuenta que el RD 2409 /1986, de 21 de noviembre afirma expresamente en su art. 4.2 que “Se mantendrá la confidencialidad de esta información conforme al artículo 10.3 de la Ley General de Sanidad” lo cual hoy debe entenderse referido al art. 7 de la ley 41/2002 que también protege la confidencialidad y la intimidad.

---

<sup>837</sup>ARROYO ZAPATERO, L.; *Op. Cit.*, pág. 14, SANTOS MORÓN, M.J.; *Op. Cit.*, pág. 161 y ROMEO CASABONA, C. M.; *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, cit., pág. 335.

En la medida en que estamos ante un acto personalísimo que afecta al derecho fundamental a la intimidad y a la integridad física de la menor, debería aplicarse aquí la regla general del art. 162.2 CC y 155.2 CF que establecen que cuando el menor tenga capacidad natural suficiente ejercerá por sí mismo sus derechos de la personalidad.

En consecuencia, si la menor no tiene suficiente capacidad natural para tomar una decisión en relación al aborto, la existencia del embarazo deberá ser comunicada, si no tuvieran conocimiento de ello, a los titulares de la patria potestad quienes prestarán o no el consentimiento para la interrupción del embarazo<sup>838</sup>. La decisión que tomen los padres deberá venir informada siempre por el principio del interés del menor sin que puedan tener aquéllos en cuenta sus propias ideologías o intereses<sup>839</sup>. Además existe un deber de oír al menor para tener en cuenta su opinión sobre la posibilidad de abortar o no siempre que tenga más de doce años o cuando no alcance dicha edad pero tenga madurez aunque este supuesto difícilmente se dará en el caso de menores embarazadas<sup>840</sup>. En efecto, debe recordarse que los padres no ejercen un derecho propio sino que protegen los bienes jurídicos de la personalidad de la menor en base al deber que les impone la ley y al interés legítimo que en ello tienen. Por ello, cuando los padres sean contrarios al aborto por motivos religiosos pero la continuación del embarazo ponga en peligro la vida de la menor deberán autorizar el aborto pues lo contrario vulneraría el interés de la hija.

En la medida en que la menor no tiene capacidad natural, primará la decisión de los padres salvo que se observe que la decisión es contraria al bienestar de la menor en cuyo caso deberá ponerse en conocimiento de la

---

<sup>838</sup> SANTOS MORÓN, M.J.; *Op. Cit.*, pág. 162, ROMEO CASABONA, C. M.; *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, cit., pág. 337 y ARROYO ZAPATERO, L.; *Op. Cit.*, pág. 15.

<sup>839</sup> ROMEO CASABONA, C. M.; *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, cit., pág. 337.

<sup>840</sup> Art. 9.3 c) de la ley 41/2002 y art. 7.2 d) de la ley catalana 21/2000.

autoridad judicial por el médico u otros profesionales que tengan conocimiento de la situación<sup>841</sup>.

Cuando la menor tenga madurez suficiente, sólo ella podrá tomar la decisión de abortar o continuar el embarazo<sup>842</sup>. Además los médicos deberán respetar la confidencialidad del embarazo o, en su caso, del aborto por lo que no podrán comunicar la situación a los titulares de la patria potestad<sup>843</sup> tal como exige el art. 4.2 del RD 2409/1986, de 21 de noviembre. En caso de que los padres ya tuvieran conocimiento del embarazo deberá primar la decisión de la menor a la opinión de aquéllos puesto que estamos ante una menor con capacidad natural.

Sin embargo, hay un supuesto en que el deber de secreto decae y la existencia del embarazo deberá ser comunicada a los padres. Se trata de aquella situación en la cual la vida o la salud de la embarazada corre grave peligro si no se interrumpe el embarazo. Si la menor decide abortar, y con ello, no asumir el riesgo la decisión razonable parece indicar que la menor tiene madurez suficiente y debemos interpretar la situación de la forma más favorable para la autonomía y la intimidad de la menor por lo que el médico no informará a los padres ni de la existencia del embarazo ni de su interrupción. Ahora bien, si la menor decide continuar con el embarazo pese a que con ello su vida o su salud corren grave peligro, el deber de los médicos será comunicar la situación a los titulares de la patria potestad<sup>844</sup>. En efecto, el art. 9.3 c) de la ley 41/2002 establece que incluso en aquellos casos en que se presuma que el menor tiene capacidad natural por haber alcanzado los dieciséis años y, por tanto, también cuando exista capacidad natural por debajo de esta edad, podrá informarse a los representantes legales si

---

<sup>841</sup> ROMEO MALANDA, Sergio; "El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario", en *La Ley*, 2000, nº 7, D-251, pág. 1461 y ROMEO CASABONA, C. M.; *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, cit., pág. 338.

<sup>842</sup> Así, ROMEO MALANDA, Sergio; *Op. Cit.*, pág. 1460. En contra, PÉREZ DEL VALLE, C.; *Comentarios al Código Penal*, cit., pág. 335 y el mismo autor en *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, cit., pág. 1850 quien entiende que en el caso de la indicación criminológica y eugenésica no sólo debe intervenir la menor sino también sus representantes legales en la medida en que asumirán las cargas que originará el niño nacido.

<sup>843</sup> ARROYO ZAPATERO, L.; *Op. Cit.*, pág. 14 y ROMEO MALANDA, Sergio; *Op. Cit.*, pág. 1460.

<sup>844</sup> ARROYO ZAPATERO, L.; *Op. Cit.*, pág. 15 y ROMEO CASABONA, C. M.; *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, cit., pág. 335.

el menor pone en peligro su vida o salud con sus decisiones y en igual sentido se manifiestan los códigos deontológicos médicos<sup>845</sup> y el Convenio de Oviedo<sup>846</sup>. En principio, si la menor tiene realmente capacidad natural debería respetarse su voluntad pero los padres pueden acudir a la autoridad judicial en la medida en que existe un conflicto con la menor para que el juez decida en beneficio del menor. Ante la duda siempre se optará por el interés objetivo de la menor que se consigue con la interrupción del embarazo pues ante la vida del feto que no tiene derecho a la vida y la del menor que sí lo tiene debe primar la de ésta última.

Si la menor actúa de forma que hace presuponer que no tiene capacidad decidirán los titulares de la patria potestad o tutela pero si tras comunicarlo a los padres éstos coinciden con la menor en que el embarazo no debe ser interrumpido pese a que con ello exista grave peligro para la vida o la salud de la menor (piénsese en una familia de fuertes convicciones religiosas contraria al aborto en la que la menor embarazada padece un cáncer de ovarios), el médico deberá ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial<sup>847</sup>. La decisión de los padres quizás está influida por sus propias convicciones ideológicas y no por el interés de la menor y el deber de velar por ella. En cambio, si los padres consideran que debe interrumpirse el embarazo para no poner en peligro la vida ni la salud de la menor serán ellos quienes tomen la decisión.

Además en caso de riesgo inminente para la vida de la menor embarazada en el que no exista tiempo para comunicar la situación a los padres o a la

---

<sup>845</sup> El art. 16.1 d) del Código de ética y deontología médica de la Organización Médica Colegial y el art. 31 d) del Código deontológico del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona prevén que el médico queda relevado del deber de secreto si con él se pusiera en peligro la salud o la vida del paciente.

<sup>846</sup> El Convenio de Asturias de Bioética. Convenio para la protección de los derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina. Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina celebrado por el Consejo de Europa en Oviedo el día 4 de abril de 1997 dice que su art. 10 que el deber de secreto queda restringido en atención al interés del paciente.

<sup>847</sup> ARROYO ZAPATERO, L.; *Op. Cit.*, pág. 15 entiende que el médico podrá practicar el aborto en base a la *lex artis* pero creemos que ello sólo sería posible cuando existiera un peligro inminente para la vida de la menor que requiriera con urgencia la práctica del aborto. De lo contrario, el médico se arriesgaría a que la menor o sus padres iniciaran acciones legales por practicar un aborto sin el consentimiento exigido.

autoridad judicial, el médico podrá practicar el aborto en base a la existencia de un estado de necesidad<sup>848</sup>.

### **3.3. Colisión entre la libertad religiosa y la vida del menor: el problema de las transfusiones de sangre.**

Especial problemática presenta el consentimiento a los tratamientos e intervenciones médicas cuando éste viene condicionado por el ejercicio del derecho a la libertad religiosa. Paradigmática manifestación de tal situación es la negativa de los Testigos de Jehová a la realización de transfusiones de sangre lo cual adquiere mayor complejidad cuando es un menor de edad quien debe ser sometido a una transfusión.

Cuando el menor de edad no tiene madurez suficiente no podrá ejercer sus derecho de la personalidad pero tampoco podrán hacerlo, como regla general, sus representantes legales según se desprende de la interpretación que en este trabajo se ha hecho de los arts. 162 CC y 155 CF. En consecuencia, cuando el menor no tiene capacidad natural no podrá ejercer por sí mismo su libertad religiosa ni prestar el consentimiento en el ámbito médico.

Ahora bien, que la representación legal de los padres esté excluida del ámbito de los derechos de la personalidad no significa que los padres no sigan siendo titulares de los deberes derivados de la patria potestad. En efecto, los padres deben velar por el menor y actuar siempre en su beneficio y de acuerdo con el libre desarrollo de la personalidad (arts. 154 CC, arts. 133.1 y 143.1 CF). Por ello, si bien es cierto que los padres no pueden ejercer el derecho a la integridad física del menor no lo es menos que deben intervenir en aras a su deber de protección de los bienes jurídicos de la personalidad a la vida, a la integridad física y a la salud del hijo menor de edad. El consentimiento a tratamientos e intervenciones que tiene como objetivo mejorar la salud o incluso salvar la vida del menor no es sino un deber derivado de la patria potestad. Los padres no pueden negarse a un tratamiento que salvará la vida del hijo menor de edad.

---

<sup>848</sup> ROMEO MALANDA, Sergio; *Op. Cit.*, pág. 1460.

Cuando el consentimiento al tratamiento médico del hijo menor entra en conflicto con la libertad religiosa de los padres debe primarse la vida y la integridad física del menor<sup>849</sup>. Por ello, cuando los padres aleguen motivos religiosos para negarse a tratamientos que a todas luces mejorarán la salud o salvarán la vida del menor, debe solicitarse autorización judicial para realizar el tratamiento<sup>850</sup>.

Más dudas puede plantear, sin embargo, aquel supuesto en que el menor tiene aparentemente capacidad natural para ejercer por sí mismo sus derechos de la personalidad pues puede suceder que el menor en ejercicio de su derecho a la libertad religiosa rechace un tratamiento médico necesario para salvarle la vida como sucede en relación a las transfusiones de sangre con los Testigos de Jehová. Así sucedió en el supuesto estudiado por el Tribunal Supremo en STS, Sala de lo Penal, de 27 de junio de 1997 y posteriormente el Tribunal Constitucional en STC 154/2002, de 18 de julio. Los hechos fueron los siguientes: Un menor de edad de trece años sufrió heridas sin importancia al caer de la bicicleta. A los pocos días empezó a sufrir hemorragias nasales por lo que los médicos consideraron necesario realizar una transfusión de sangre. Ante tal diagnóstico, los padres, seguidores de los Testigos de Jehová, se negaron a que se realizara la transfusión alegando motivos religiosos. Los médicos solicitaron autorización judicial para realizar la transfusión pero ésta no pudo llevarse a la práctica porque el menor sin intervención alguna de los padres la rechazó con auténtico terror reaccionando agitada y violentamente en un estado de gran excitación que los médicos consideraron contraproducente por poder producir una

---

<sup>849</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> Carmen; Protección del menor, consentimiento en el ámbito de las intervenciones sanitarias y libertad ideológica. (A propósito de la STS, Sala de lo penal, de 27 de junio de 1997)", en *La Notaría*, 1998, , nº 11-12, pág. 62 y SOLÉ RESINA, Judith; "Tratamientos e intervenciones médicas", en *La protección civil de las personas sometidas a manipulación mental*, Valencia, 2003, pág. 159. también TAMARIT SUMALLA, Josep Maria; "Responsabilidad penal de terceros ante la negativa a la transfusión de sangre de testigo de Jehová menor de edad con resultado de muerte", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, pág. 2 hace referencia a la necesidad de primar la vida sobre la libertad religiosa.

<sup>850</sup> GETE- ALONSO Y CALERA, M.C.; "Protección del menor, consentimiento en el ámbito de las intervenciones sanitarias y libertad ideológica", cit., pág. 44, SOLÉ RESINA, J.; "Tratamientos e intervenciones médicas", cit., pág. 158, ESPÍN CÁNOVAS, Diego; "Libertad religiosa y protección a la salud en la transfusión de sangre", en *Anales de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia*, 1996, nº 26, pág. 136.



hemorragia cerebral debido a lo cual no se consideró ni ética ni médicamente adecuado realizar la transfusión. Tras consultar a otros médicos y obtener el mismo diagnóstico, no se realizó la transfusión. Ya en el domicilio, la autoridad judicial, informada por lo facultativos, conminó a ingresar al menor en el hospital para que se practicara la transfusión la cual resultó inútil dado el estado de coma en que ya se encontraba el menor cuando se realizó.

Es evidente que un menor de trece años tiene capacidad natural suficiente para ejercer por sí mismo el derecho a la libertad religiosa sin que quepa aquí la representación legal de los padres<sup>851</sup>. Sin embargo, no debe confundirse la posibilidad de ejercer la libertad religiosa con la posibilidad de negarse a recibir un tratamiento que salvará la propia vida pues el grado de madurez exigido en uno y otro caso no es igual. Por ello, debe analizarse si el menor tiene realmente madurez para consentir o rechazar una transfusión de sangre y, en caso de tenerla, si es aceptable que el menor rechace un tratamiento médico que salvará su vida alegando motivos religiosos.

Para averiguar si el menor tiene madurez suficiente para prestar o no su consentimiento a la transfusión de sangre debemos acudir a los arts. 9.3 c) de la ley 41/2002 y el art. 7.2 de la ley catalana 21/2000. De ellos debe deducirse, como quedó expuesto, que el menor de más de dieciséis años se presume capaz para consentir pero que entre los doce y los dieciséis años deberá estarse al caso concreto para determinar si existe suficiente capacidad natural en relación al acto que debe consentirse. Por debajo de los catorce también habrá que estar al caso concreto si bien será difícil que por debajo de los siete años exista capacidad natural suficiente.

En el derecho inglés se ha sostenido el grado de madurez necesario para aceptar un tratamiento que mejorará la salud o salvará la vida es menor que el exigido para rechazarlo lo cual lleva a negar madurez al menor que rechaza la

---

<sup>851</sup> Sobre el tema me remito a DE LAMA AYMÁ, Alejandra; "Derecho a la libre formación de la conciencia ideológica y religiosa y derecho a la educación", en *La protección civil de las personas sometida a manipulación mental*, Valencia, 2003, pág. 125-126.

transfusión de sangre por motivos religiosos<sup>852</sup>. En la misma línea se ha sostenido entre nuestra doctrina que la falta de razonabilidad de la decisión adoptada por el menor determina su falta de capacidad para consentir o rechazar un tratamiento médico<sup>853</sup>. Por último en el caso concreto del rechazo de las transfusiones de sangre por los Testigos de Jehová cabría plantearse si la voluntad del menor se ha formado libremente o por la presión psicológica del grupo puesto que si el consentimiento no fuera libre no debería tenerse en cuenta la decisión del menor<sup>854</sup>.

De hecho, cuando el menor toma una decisión que pone en grave riesgo su salud, deberá ello ser comunicado a los padres para que intervengan según reza el art. 9.3 c) de la ley 41/2002. En efecto, los padres tienen el deber de velar por el menor, esto es, de proteger sus bienes jurídicos de la personalidad mientras dura la minoría de edad con independencia de que el menor tenga capacidad natural o no. Por ello, si el menor actúa de forma tal que pone en grave riesgo su salud, los padres deberán intervenir para proteger al menor, no como representantes legales sino como titulares de los deberes derivados de la patria potestad.

Los padres tienen la obligación de consentir el tratamiento médico necesario para mejorar la salud o salvar la vida del hijo menor de edad incluso cuando ello entre en contradicción con sus propias creencias religiosas pues como ha reconocido el Tribunal Constitucional “el derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos

---

<sup>852</sup> SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup> José; “Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la TC S 154/2002 de 18 de julio”, en *La Ley*, 2002, n<sup>o</sup> 7, D-262, pág. 1636.

<sup>853</sup> SÁNCHEZ CARO, J.-SÁNCHEZ CARO, J.; *Consentimiento informado y psiquiatría*, cit., pág. 68.

<sup>854</sup> Véase sobre el tema SOLÉ RESINA, Judith; “Tratamientos e intervenciones médicas”, cit, pág. 159 y ss. De hecho, el Tribunal Supremo aplicó como atenuante el arrebato, obcecación u estado pasional en STS de 27 de marzo de 1990 respecto de un miembro de los Testigos de Jehová que entró violentamente en la habitación de un hospital donde se practicaba una transfusión a otro miembro para desconectar el catéter provocándole la muerte.

fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente”<sup>855</sup>. Si éstos se negaran a consentir el tratamiento médico necesario debería solicitarse autorización judicial para el mismo<sup>856</sup>.

Pero es que incluso aceptando que el menor pudiera tener madurez<sup>857</sup>, sería discutible que pudiera aceptarse su negativa a la transfusión cuando ello condujera a una muerte segura del menor porque ni siquiera el mayor de edad tiene derecho a la muerte<sup>858</sup> y porque el conflicto entre la libertad religiosa y la vida debe resolverse en favor de este último<sup>859</sup>. Por ello, en este caso, debería acudir a la autoridad judicial para que permitiera realizar la transfusión.

La negativa de los padres a la realización de la transfusión plantea la duda de la responsabilidad penal de los padres que el Tribunal Supremo consideró existente en STS 27 de junio de 1997 y el Tribunal Constitucional negó en base a la libertad religiosa de los padres en STC 154/2002, de 18 de julio. No es necesario entender que el menor tiene madurez para exculpar a los padres<sup>860</sup> ni creemos que en realidad el Tribunal Constitucional afirme que la libertad religiosa de los padres prima sobre la vida del hijo<sup>861</sup> sino que lo que en realidad se quiere decir es que negándose los padres a consentir la transfusión por motivos

---

<sup>855</sup> STC 154/2002, de 18 de julio.

<sup>856</sup> GETE- ALONSO Y CALERA, M.C.; “Protección del menor, consentimiento en el ámbito de las intervenciones sanitarias y libertad ideológica”, cit., pág. 44, SOLÉ RESINA, J.; “Tratamientos e intervenciones médicas”, cit., pág. 158, ESPÍN CÁNOVAS, Diego; “Libertad religiosa y protección a la salud en la transfusión de sangre”, cit., pág. 136

<sup>857</sup> Así lo sostiene SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup> José; “Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la TC S 154/2002 de 18 de julio”, cit., pág. 1635-1637.

<sup>858</sup> Recuérdese la STC 11/1991, de 17 de enero donde el Alto Tribunal niega que unos reclusos en huelga de hambre puedan rechazar el tratamiento necesario para mantenerles con vida.

<sup>859</sup> GETE- ALONSO Y CALERA, M.C.; “Protección del menor, consentimiento en el ámbito de las intervenciones sanitarias y libertad ideológica”, cit., pág. 44, SOLÉ RESINA, J.; “Tratamientos e intervenciones médicas”, cit., pág. 158.

<sup>860</sup> SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup> José; “Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la TC S 154/2002 de 18 de julio”, cit., pág. 1635-1637 exculpa a los padres en base a la madurez del menor.

<sup>861</sup> El Tribunal Constitucional afirma expresamente en la STC 154/2002, de 18 de julio que “el derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente”.

religiosos no se opusieron a su práctica una vez conseguida la autorización judicial para ello sino que fue el propio menor quien la rechazó. Sólo cabe plantearse si no hubiera sido posible sedar al menor para realizar la transfusión que le hubiera salvado la vida<sup>862</sup>.

#### 3.4. Psiquiatría, psicología y menor de edad.

Es tradicional la doctrina de EUA que sostiene que el menor tiene autonomía a partir de los trece o catorce años para ejercer sus derechos como si de un adulto se tratara por lo que la mayoría de Estados está bajando la edad para prestar el consentimiento médico de los dieciocho a los catorce o quince años<sup>863</sup>. Por ello, se considera que no será preciso el consentimiento de los padres para los tratamientos médicos cuando el menor demuestre capacidad suficiente para apreciar la naturaleza, el alcance y las consecuencias del tratamiento propuesto y, por tanto, capacidad suficiente para consentir por sí mismo. La doctrina y la legislación españolas consideran que tras los dieciséis años el menor tiene madurez suficiente para prestar por sí mismo el consentimiento y por debajo de esa edad habrá que estar al examen concreto de la capacidad natural<sup>864</sup>.

Sin embargo, en el ámbito psiquiátrico nos encontramos ante un conflicto de no fácil solución según la regla general. En primer lugar, determinadas situaciones psíquicas del menor revisten tal gravedad que alteran su capacidad natural de obrar de tal suerte que un menor que en situación normal tiene una madurez suficiente para regir su vida, sufre unas alteraciones psicológicas que disminuyen su capacidad (piénsese en depresiones graves, esquizofrenias agudas,...). Por otra parte, es posible que de la confidencialidad del tratamiento dependa el éxito de la terapia<sup>865</sup>, en ocasiones incluso cuando el menor no tiene

---

<sup>862</sup> Así, GETE- ALONSO Y CALERA, M.C.; "Protección del menor, consentimiento en el ámbito de las intervenciones sanitarias y libertad ideológica", cit., pág. 53.

<sup>863</sup> SÁNCHEZ CARO, Jesús-SÁNCHEZ-CARO, Javier; *Consentimiento informado y psiquiatría*, Madrid, 1998, pág. 220.

<sup>864</sup> SÁNCHEZ CARO, J.-SÁNCHEZ-CARO, J.; *Consentimiento informado y psiquiatría*, cit., pág. 353. Así también el art. 9.3 c) de la ley 41/2002 y el art. 7.2 d) de la ley catalana 21/2000.

madurez suficiente para consentir por sí mismo, pues si los problemas aparecen en el ámbito de la relación paterno-filial, éstos pueden verse agravados si los padres son informados. También puede darse la situación de que los padres estén ausentes o que se opongan a un tratamiento que a todas luces mejoraría la salud psíquica del menor por enteneder que aceptar la necesidad de un tratamiento psiquiátrico implica un fracaso como padres, por temor a estar implicados en el conflicto, por ciertos prejuicios hacia la psiquiatría,... Además, como en todo tratamiento médico, de la confidencialidad del médico depende el respeto a la intimidad del menor, derecho que también debe protegerse, siempre que ello sea posible, frente a los padres. Por todo ello, creemos que habrá que estar a varios criterios a la hora de decidir si el menor puede decidir por sí mismo sobre el tratamiento y, por tanto, respetarse la confidencialidad del mismo o bien si debe informarse a los padres para que sean éstos quienes decidan.

En primer lugar, conviene diferenciar entre si se trata de recibir tratamiento de psicoterapia, de si además debe existir medicación, de si estamos ante tratamientos experimentales o si el tratamiento conlleva un internamiento del menor. En relación a la psicoterapia debe tenerse en cuenta que comporta ciertos riesgos de los cuales debe ser advertido el paciente en la medida en que en ocasiones la terapia va a comportar tratar temas aversivos y desagradables para el paciente (técnicas conductuales de inundación y exposición) o incluso modificar su estado de conciencia (técnicas hipnóticas)<sup>866</sup>. Sin embargo, no es un tratamiento agresivo que entrañe riesgos graves para el menor sino que, en principio, va a mejorar su situación psíquica e incluso va a fomentar su madurez en la medida en que la terapia implica técnicas que requieren un esfuerzo de reflexión por parte del paciente. Por otra parte, normalmente cuando un menor de edad acude solo a la consulta y solicita la confidencialidad del tratamiento, es porque no encuentra en el seno familiar un apoyo hacia su necesidad de ayuda. Además que un menor de edad acuda a la consulta de un terapeuta o al psicólogo del Instituto implica una actitud madura y reflexiva frente a los problemas que

---

<sup>865</sup> SÁNCHEZ CARO, J.-SÁNCHEZ-CARO, J.; *Consentimiento informado y psiquiatría*, cit., pág. 223.

<sup>866</sup> SÁNCHEZ CARO, J.-SÁNCHEZ-CARO, J.; *Consentimiento informado y psiquiatría*, cit., pág. 341-342.

pueda tener. Por ello, siempre que el menor solicite una consulta psicológica debe aceptarse su decisión y respetarse la confidencialidad de la misma.

Posteriormente en función de la madurez del menor y de la gravedad de su situación se deberá informar a los padres o no. Así, un adolescente que está descubriendo su tendencia homosexual puede solicitar la consulta con un psicólogo por la situación nueva a la que se enfrenta, sus dudas, sus temores,... Sin embargo, no estamos ante una situación de riesgo y, en cambio, es lógico que el menor quiera guardar su evolución sexual personal en el ámbito de su intimidad. Por ello, el facultativo debería respetar el secreto profesional. Por el contrario, cuando un adolescente padece una depresión grave con tendencias suicidas, una esquizofrenia,..., que requiere tratamiento psiquiátrico además de psicológico, nos encontramos en una situación en la que peligra la salud y la vida del menor, o incluso la de terceros de forma grave de tal manera que es preciso informar a los familiares más allegados para que lleven un control de la medicación que seguramente deberá tomar y para que sepan cómo enfrentarse a las situaciones y las reacciones que pueden provocar la enfermedad en el menor (agresividad, manías persecutorias, excitación,...). Ahora bien, cuando los problemas del menor provengan de un abandono de los padres o incluso un maltrato físico o psíquico, no sólo no deberá informarse a los padres sino que deberá ponerse en conocimiento de la autoridad judicial. En efecto, los padres no deben conocer que el menor ha solicitado ayuda a un facultativo pues pueden intentar impedir al menor que asista a la consulta y sobre todo pueden canalizar sus temores en mayores actos de maltrato.

En relación a la medicación, los menores de edad con capacidad suficiente podrán consentir al tratamiento con fármacos pero en casos graves deberá informarse a los padres por lo que primará la salud del menor sobre su intimidad. En primer lugar, porque determinados fármacos para tratar cuadros psiquiátricos agudos tienen efectos secundarios graves que, en ocasiones, entrañan riesgos para el paciente. Por otra parte, porque determinadas enfermedades pueden afectar la conducta o incluso la capacidad de autogobierno del menor de tal manera que es necesario que los familiares más directos estén al corriente de su situación médica para enfrentarse a cualquier reacción del paciente menor. En

efecto, se han descrito casos en los que el paciente intenta suicidarse mediante la ingestión masiva de los fármacos prescritos para la depresión<sup>867</sup> por lo que es preciso que los padres conozcan la situación para que lleven un control. Determinadas enfermedades implican no únicamente una medicación sino que afectan a todas las actividades que realiza el menor en su vida cotidiana por lo que debe llevarse un control de las mismas. Así, un enfermo de esquizofrenia debe mantener un orden en sus costumbres, respetar las horas de sueño, evitar el consumo de alcohol u otras drogas pues lo contrario podría desencadenar un episodio de crisis. En cualquier caso, la ruptura de la confidencialidad debería reservarse a casos extremadamente graves, especialmente en relación a menores de dieciséis años en los que se presume la capacidad natural para consentir tratamientos e intervenciones médicas.

Respecto de la investigación y ensayos clínicos con menores en el ámbito psiquiátrico debe acudirse en el ordenamiento jurídico español a la Ley 25/1990, de 20 de diciembre del Medicamento, al Real Decreto 561/1993, de 16 de abril, que la desarrolla y al Convenio de Oviedo. El Real Decreto 561/1993 establece que en relación a los menores de edad, incapaces y personas con capacidad disminuida, “sólo podrán realizarse ensayos de interés para su salud particular cuando no puedan ser efectuados en sujetos no afectados por estas condiciones especiales, debido a que la patología en estudio sea la propia de aquéllos”<sup>868</sup>. En caso de que estemos en esta situación, el consentimiento del representante legal y del menor en su caso (a partir de los doce años) será puesto en conocimiento del Ministerio Fiscal previamente a la realización del ensayo<sup>869</sup>. Por tanto, cuando el menor no tenga doce años no será preciso su consentimiento pero se

---

<sup>867</sup> SÁNCHEZ CARO, J.-SÁNCHEZ-CARO, J.; *Consentimiento informado y psiquiatría*, cit., pág. 334-335.

<sup>868</sup> Art. 11.2 del Real Decreto 561/1993, de 16 de abril.

<sup>869</sup> El art 12.5 del Real Decreto 561/1993, de 16 de abril que regula los requisitos para la realización de ensayos clínicos dice: “En los casos de menores de edad e incapaces, el consentimiento lo otorgará siempre por escrito su representante legal (...), tras haber recibido y comprendido la información mencionada. *Cuando las condiciones del sujeto lo permitan y, en todo caso, cuando el menor tenga doce o más años, deberá prestar además su consentimiento (...) para participar en el ensayo después de haberle dado toda la información pertinente adaptada a su nivel de entendimiento.* El consentimiento del representante legal y del menor, en su caso, será puesto en conocimiento del ministerio Fiscal, previamente a la realización del ensayo”.

mantendrá la exigencia del consentimiento del representante y la comunicación al Ministerio Fiscal.

En el Convenio de Oviedo, además de las condiciones exigidas para proteger a toda persona que se someta a un ensayo clínico<sup>870</sup>, se establecen unas medidas específicas para las personas que no tengan capacidad suficiente para expresar su consentimiento a estos efectos<sup>871</sup>. Así en el caso del menor de edad, además de las garantías generales, no se podrá realizar el experimento si los resultados previstos no suponen un beneficio real y directo para su salud, que el experimento no pueda realizarse con igual eficacia en sujetos capaces de expresar su consentimiento y que el menor de edad no exprese su rechazo al mismo. De forma excepcional, podrá autorizarse un experimento que no reporte un beneficio directo cuando ello implique un mejor conocimiento científico del estado de la persona, de su enfermedad o trastorno, contribuya a lograr en un determinado plazo beneficios para la persona afectada u otras en su misma situación y el experimento sólo represente para la persona un riesgo o inconveniente mínimo.

En relación al internamiento, el art. 211 de la ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela no resolvía la cuestión de si el consentimiento al internamiento por los titulares de la patria potestad era o no suficiente para convertir el internamiento en voluntario y eludir así las garantías contenidas en dicho artículo pues nada establecía al respecto. La doctrina ya había avanzado la necesidad de existencia de algún control sobre el internamiento de los hijos que hacían los padres<sup>872</sup>.

---

<sup>870</sup> Así el art. 16 del Convenio de Oviedo establece que no podrá hacerse ningún experimento con personas a menos que no exista método alternativo de eficacia comparable, que los riesgos en que incurra la persona no sean desproporcionados en relación a los beneficios que pueda obtener, que el proyecto haya sido aprobado por la autoridad competente, que la persona que se somete al experimento esté informada de sus derechos y las garantías que la ley prevé para su protección y que el consentimiento para someterse al experimento, que podrá ser retirado en cualquier momento, sea haya prestado de forma libre y por escrito.

<sup>871</sup> Art. 17 del Convenio de Oviedo.

<sup>872</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.; "La protección jurídica de la persona en relación con su internamiento voluntario en centros sanitarios o asistenciales por razones de salud", en *Anuario de Derecho Civil*, 1984, págs. 957-958



Por otra parte, esta conclusión se desprende de la propia lógica del concepto. En efecto, si el internamiento es voluntario es preciso que se preste un consentimiento libre y consciente para lo cual es imprescindible la existencia efectiva de capacidad natural mientras que si el internamiento es involuntario es porque el internado sufre un trastorno psíquico que le impide decidir por sí mismo<sup>873</sup>. Por ello, cuando el menor tiene capacidad natural deberá consentir por sí mismo el internamiento voluntario y cuando no tenga capacidad natural en modo alguno puede consentir ese internamiento voluntario por lo que necesariamente estaremos ante un internamiento involuntario con todas las garantías que ello requiere.

Esta doctrina la vino a confirmar la modificación que hizo la ley 1/1996 de, de 15 de enero, de protección jurídica del menor del primer párrafo del art. 211 CC, que hoy se recoge en el art 763.1 de la ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil que ha derogado el art. 211 CC y que afirma: “El internamiento por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, *aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela*, requerirá autorización judicial”. El apartado 5 del mismo artículo añade que el internamiento de menores se hará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor. En igual sentido el art. 255.1 CF cuando dice: “L’internament d’una persona per raó de trastorn psíquic, *qualsevol que en sigui l’edat*, en una institució adequada i tancada requereix autorització judicial prèvia si la seva situació no li permet decidir per si mateixa”.

Es importante hacer notar que la ley no permite que los padres sustituyan el consentimiento del menor para su internamiento ni siquiera en aquellos casos en los que el menor carece de capacidad suficiente para hacerlo por sí mismo. Los padres no pueden, como regla general, actuar como representantes legales en el ámbito de los derechos de la personalidad, es decir, no pueden ejercer los

---

<sup>873</sup> Como hace notar GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> del Carmen; *Manual de Derecho Civil. Introducción y derecho de la persona*, Vol. I, Barcelona-Madrid, 2001, pág. 205 el único internamiento posible es el que tiene lugar por trastorno psíquico de la persona por lo que se excluye cualquier internamiento sin esta causa salvo que se preste el consentimiento por la persona interesada, esto es, que sea un internamiento voluntario.

derechos de la personalidad del menor sino únicamente defender sus bienes jurídicos a través del ejercicio de la patria potestad. En esta ocasión como la protección del bien jurídico a la salud que se pretende hacer por los padres implica un conflicto con la libertad del menor, se requiere que aquéllos soliciten autorización judicial.

Pensamos que el internamiento involuntario de menores de edad puede darse en determinadas fases graves de casos de anorexia, drogodependencia, alcoholismo, esquizofrenia,... porque la propia alteración psíquica implica que el menor no tiene capacidad para decidir y porque la protección del bien jurídico a la salud hace preciso, en determinados casos graves, el internamiento. En algunos casos, la propia enfermedad puede provocar que el enfermo rechace el tratamiento mediante intervención (en los casos de anorexia se suele negar la existencia de la enfermedad y, por supuesto, rechazar cualquier situación que les obligue a ingerir alimentos)<sup>874</sup>.

En conclusión, la regla general es que cuando el menor tenga capacidad natural suficiente podrá prestar por sí mismo el consentimiento informado de forma válida beneficiándose del secreto profesional del psicólogo o psiquiatra. Hay que tener en cuenta que la capacidad natural se presume en el menor que haya alcanzado los dieciséis años aunque puede darse por debajo de esa edad para lo cual deberá tenerse en cuenta el tipo y la gravedad del tratamiento en aras a decidir si el menor tiene madurez para consentir o no. Así mantenemos aquí que la asistencia a la consulta psicológica la puede decidir de forma autónoma el menor sin que deba como norma general informarse de ello a los padres. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el RD 561/1993 fija la edad en la cual el menor debe consentir por sí mismo cualquier participación en un ensayo experimental son los doce años, edad, por tanto, relativamente temprana.

Ahora bien, aceptada la autonomía del menor desde el momento en que tiene capacidad natural y, aún teniendo en cuenta que la confianza en la

---

<sup>874</sup> MIRALLES GONZÁLEZ, Isabel; "La anorexia y el internamiento de los enfermos en centros hospitalarios: límites y controles", en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1999-3, pág. 90 y ss. que dice que los menores que padecen anorexia sufren un trastorno psíquico que, aunque no da lugar a incapacitación, sí puede dar lugar al internamiento.

confidencialidad de la relación médico-paciente adquiere especial relevancia en estos ámbitos, hay que tener en cuenta que en determinadas situaciones debe romperse el secreto profesional e informarse de la situación a los padres. Ello debe ser así cuando la enfermedad es de tal gravedad que el respeto a la confidencialidad puede poner en peligro la vida o la salud del paciente en cuyo caso se antepone la defensa del bien jurídico vida y salud del menor al bien jurídico intimidad de tal manera que prima la actuación. También cuando la propia enfermedad o trastorno psíquico impida al menor comportarse con plena capacidad en determinados ámbitos de su vida, esto es, cuando la capacidad natural que el menor tendría probablemente en situación normal está alterada a causa del trastorno psíquico en cuestión.

## CAPÍTULO 7: EL DERECHO AL NOMBRE DEL MENOR DE EDAD.

*Sumario:* 1. INTRODUCCIÓN: 1.1. Concepto y función; 1.2. Naturaleza jurídica.- 2. EL NOMBRE PROPIO: 2.1. Atribución del nombre propio; 2.2. Cambio del nombre propio; 2.3. Actuación de los representantes legales.- 3. LOS APELLIDOS: 3.1. Atribución de los apellidos; 3.2. Modificación de los apellidos: 3.2.1. Modificación *ope legis*; 3.2.2. Alteración del orden de los apellidos; 3.2.3. Modificación de los apellidos del adoptado: 3.2.3.1. Antecedentes; 3.2.3.2. Régimen vigente sobre la determinación de los apellidos en sede de adopción: 3.2.3.2.1. Regla general en la modificación de los apellidos: justificación; 3.2.3.2.2. Especialidades en la determinación de los apellidos del adoptando: mantenimiento de vínculos respecto de la familia anterior y el interés del menor; 3.2.3.2.3. Vicisitudes de la adopción que inciden en los apellidos.

### 1. INTRODUCCIÓN

#### 1. Concepto y función.

Cuando hablamos del nombre estamos haciendo referencia al nombre propio y a los apellidos. Sin embargo, existe cierta confusión terminológica al respecto que conviene aclarar. En efecto, hay quien habla de nombre propio<sup>875</sup>, de nombre individual<sup>876</sup> o incluso de prenombre<sup>877</sup>. Además se utiliza el término nombre tanto en sentido estricto para referirse al nombre propio como en sentido amplio comprendiendo el nombre propio y los apellidos<sup>878</sup>. Ello no sucede en Derecho Comparado donde existe un término específico para cada elemento del nombre en sentido amplio. Así, en Alemania el *Name* está compuesto por el *Vorname* y el *Familiennamen*, en Italia el *nome* comprende el *prenome* y el *cognome* y en Francia se habla de *prenom* y *nom de famille* o *nom a secas*<sup>879</sup>. En cambio, en España únicamente disponemos del término específico “apellidos” para referirnos al nombre de familia. Aquí se hablará de nombre propio y apellidos como elementos que componen el nombre.

---

<sup>875</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M.; *El nombre y los apellidos*, Madrid, 1992, pág. 24 y RODRÍGUEZ CASTRO, Justo; “El nombre civil: Concepto, caracteres y naturaleza jurídica”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1987, nº 1442-1450, pág. 101 y la propia ley pues esta forma de denominación aparece en los arts. 192 y 193 del RRC.

<sup>876</sup> LUCES GIL, F.; *El nombre civil de las personas naturales en el ordenamiento jurídico*, Barcelona, 1977, pág. 59.

<sup>877</sup> BATLLE, Manuel; “El derecho al nombre”, en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 1931, nº 159, pág. 258 como traducción del latín *praenomen*.

<sup>878</sup> Así lo hace notar LINACERO DE LA FUENTE, M.; *Op. Cit.*, pág. 24 y SCALLS PELLICER, J.; “Nombre”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XVII, pág. 349.

<sup>879</sup> Sobre este tema LINACERO DE LA FUENTE, M.; *Op. Cit.*, págs. 24-25, LUCES GIL, F.; *Op. Cit.*, págs. 58-59 y SCALLS PELLICER, J.; *Op. Cit.*, págs. 354-356.

El nombre propio es de libre elección<sup>880</sup>. Además, si bien con la flexibilización de la normativa relativa a la elección del nombre propio se ha abierto un abanico de posibilidades respecto a su determinación, todavía es frecuente la homonimia en los nombres propios. Por esta razón, la función individualizadora e identificadora del nombre es, en términos comparativos, menor a la de los apellidos o el nombre en sentido amplio y probablemente éste es el motivo por el que se utiliza en ámbitos reducidos, familiares y no oficiales<sup>881</sup>.

El ordenamiento jurídico español establece la obligatoria imposición de un doble apellido que viene determinado necesariamente por la filiación por lo que se impone al hijo un apellido de procedencia paterna y otro de procedencia materna<sup>882</sup>. Ello, además de ser más respetuoso con la filiación materna pues ésta queda representada en los apellidos del hijo<sup>883</sup>, conlleva un mayor grado de individualización de la persona pues, aunque también puede darse la homonimia, la combinación de los dos apellidos disminuye considerablemente esta posibilidad.

La existencia del doble apellido es una excepción en Europa donde suele primarse el apellido paterno que es el único que se transmite a los hijos<sup>884</sup>. En este sentido el ordenamiento jurídico español es mucho más respetuoso con el derecho a la igualdad entre hombre y mujer. Actualmente la polémica en España se centra en el orden que deben guardar los apellidos para conseguir un mayor respeto a la igualdad. Por ello, y pese a que la discusión en España está, sin duda alguna, más avanzada, pueden ser útiles a la hora de determinar el orden de los apellidos en nuestro ordenamiento, los criterios barajados en el ámbito europeo

---

<sup>880</sup> Así lo establece la Circular de 2 de julio de 1980 de la Dirección General de Registros y del Notariado sobre la inscripción de nombres propios en el Registro Civil (BOE nº 161, de 5 de julio) y en igual sentido se manifiesta la RDGRN de 25 de mayo de 1994.

<sup>881</sup> Dice LUCES GIL, F.; *Op. Cit.*, pág. 59 que “se emplea ordinariamente en el ámbito familiar, para designar y distinguir a los distintos miembros de la familia”.

<sup>882</sup> Señala LUCES GIL, F.; *Op. Cit.*, pág. 25 que esta costumbre aparece en España alrededor del S. XVI a causa de las prácticas llevadas a cabo en los registros parroquiales.

<sup>883</sup> LUCES GIL, F.; *Op. Cit.*, pág. 60 dice que ello representa “un respetuoso reconocimiento a la personalidad de la madre”.

<sup>884</sup> Salvo el sistema anglosajón donde se antepone al apellido paterno la inicial del materno según recoge SCALLS PELLICER, J.; *Op. Cit.*, pág. 354.

para eliminar la discriminación a la mujer que supone que el hijo solamente adquiriera el apellido paterno.

Tradicionalmente se ha atribuido al nombre una función individualizadora y una función identificadora<sup>885</sup>. La individualización permite diferenciar a cada individuo de sus semejantes. Es consustancial a la persona el deseo de distinguirse de los demás y el nombre cumple esa función pues al ostentar un signo distintivo el hombre deja de ser una “unidad indiferenciada de la especie”<sup>886</sup> para ser un individuo determinado. La individualización permite que cada individuo sienta plenamente su yo personal y que los demás se lo reconozcan de tal manera que se posibilita el libre y pleno desarrollo de su personalidad<sup>887</sup>.

En cambio, la identificación se ha definido como el proceso de investigación, o el resultado del mismo, mediante el cual se reconoce si una persona o cosa es la misma que se supone o se busca<sup>888</sup>. De hecho, en el ámbito del nombre, se ha dado primacía a la función identificadora hasta el punto de entender el nombre como una institución de orden público<sup>889</sup>.

Sin embargo, en la actualidad la función identificadora, tal y como se ha definido *ut supra*, ha perdido vigencia en beneficio de otros medios de identificación<sup>890</sup>. En efecto, el nombre ya no es necesariamente de uso exclusivo

---

<sup>885</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M.; *Op. Cit.*, pág. 30 y LARA AGUADO, A.; *El nombre en derecho internacional privado*, Granada, 1998, pág. 11 y ss, LUCES GIL, F.; *Op. Cit.*, pág. 57-58, SCALS PELLICER, J.; *Op. Cit.*, pág. 349 y RODRÍGUEZ CASTRO, F.; *Op. Cit.*, pág.100 y en “El nombre civil propio de las personas físicas y el registro civil”, en *Actualidad Civil*, 1988-1, ref. 321, pág. 1001.

<sup>886</sup> La expresión es de RICO PÉREZ, F.; “La individualización de la persona humana en el Derecho Civil”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1975, nº 238, pág. 11.

<sup>887</sup> RICO PÉREZ, F.; *Op. Cit.*, pág. 11.

<sup>888</sup> RICO PÉREZ, F.; *Op. Cit.*, pág. 12.

<sup>889</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ, CANO, R.; *Derecho de la persona*, Madrid, 1976, pág. 211 y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.; *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, Vol. I, Madrid, 1984, pág. 813. Por su parte, dice PLANIOL RIPERT, M.; *Traité élémentaire de Droit Civil*, Tome premier, París, 1943, nº 525, pág. 211: “Le nome est une institution de police civile; il est la forme obligatoire de la designation des personnes” aunque añade “mais il constitue aussi un droit de la personnalité”.

por una persona por lo que no es una forma de identificación definitiva. El nombre propio se repite con cierta facilidad y lo mismo sucede con buena parte de los apellidos por lo que, como ha puesto de relieve el proceso de globalización, es posible que nombre y apellidos coincidan en individuos diferentes sin que por esta razón ninguno de ellos tenga un derecho preferente sobre el otro respecto al uso de tal nombre<sup>891</sup>. Por ello, se han ideado mecanismos que permiten identificar a cada persona de forma fehaciente en la medida en que le atribuyen un signo distintivo que le pertenece de forma exclusiva y que nadie puede compartir con ella. Así ocurriría con el Documento Nacional de Identidad, el número de la seguridad social o el número de identificación fiscal. Actualmente el nombre no es ni el único ni el principal método de identificación<sup>892</sup>.

Por este motivo no puede hablarse hoy únicamente de una función identificadora del nombre en el sentido anteriormente indicado sino como una función de autoidentificación o reconocimiento en la medida en que el individuo se siente identificado con su nombre, se reconoce en él<sup>893</sup>.

La identificación hoy se proyecta en el ámbito personal, familiar y social<sup>894</sup>. La persona debe poder reconocerse en su propio nombre por lo que existe una identificación psicológica entre nombre y personalidad. Ha existido un proceso de personalización del nombre en aras a la adquisición de un “valor psicológico subjetivo”<sup>895</sup> para el individuo. El nombre debe estudiarse desde una óptica personalista en la medida en que debe responder a los valores de dignidad y de libre desarrollo de la personalidad. Esa función de autoidentificación psicológica se manifiesta muy especialmente en los menores de edad que llegan a asimilar su

---

<sup>890</sup> LARA AGUADO, A.; *Op. Cit.*, pág. 19 y ss.

<sup>891</sup> RICO PÉREZ, F.; *Op. Cit.*, pág. 25.

<sup>892</sup> Sobre signos identificativos diferentes del nombre ver LUCES GIL, F., “Introducción al estudio de los principales signos verbales complementarios de individualización de las personas naturales”, en *Pretor*, 1977, nº 96, pág. 5-28.

<sup>893</sup> Ya avanzaba RICO PÉREZ, F.; *Op. Cit.*, pág. 11 que el uso del término identificación para referirse al nombre era incorrecto pues éste cumplía una función de diferenciación entre las personas y de reconocimiento en el nombre de la propia personalidad.

<sup>894</sup> LARA AGUADO, A.; *Op. Cit.*, pág. 31.

<sup>895</sup> La expresión es de LARA AGUADO, A.; *Op. Cit.*, pág. 19.

nombre con la existencia de su personalidad<sup>896</sup>. Es cierto que la normativa sobre el nombre, fruto de una histórica función de policía, es rígida e imperativa pero, precisamente porque el nombre ha adquirido un valor psicológico subjetivo, debe interpretarse la normativa de forma tal que permita la realización de la personalidad y de las funciones que actualmente se atribuyen al nombre.

Por ello, este derecho debe conllevar la posibilidad de ostentar un nombre respecto del cual el individuo se sienta identificado. Ello tiene especial relevancia en el ámbito del menor. Por supuesto, en tanto que persona el menor tiene derecho a tener un nombre pero especialmente importante es que tenga un nombre con el que se identifique, que respete su dignidad y que permita el libre y pleno desarrollo de su personalidad. En efecto, puesto que su capacidad intelectual y emocional están en desarrollo, estamos ante un sujeto especialmente sensible a las consecuencias de ostentar un nombre que no respete aquellos valores. Por ello, en la medida en que el nombre debe cumplir una función de identificación psicológica, es preciso tener en cuenta la opinión del menor sobre su modificación siempre y cuando éste tenga suficiente madurez intelectual<sup>897</sup>.

En general, la normativa registral es reacia a permitir que el menor de edad actúe por sí mismo en el ejercicio del derecho al nombre y abundan los preceptos que exigen de forma expresa la mayoría de edad para actuar en este ámbito lo cual probablemente responde a la naturaleza mixta del derecho que, como se verá, es un derecho de la personalidad y a la vez está impregnado de la idea de orden público<sup>898</sup>. Sin embargo, ello es una explicación pero no una justificación. En efecto, vetar al menor la posibilidad de intervenir en el ejercicio de su derecho al nombre no está justificado pues, si bien es cierto que estamos ante una institución de orden público, no lo es menos que, precisamente por ello, la ley exige una serie de garantías para la modificación del nombre y la intervención del encargado del Registro civil que será, en última instancia, quien aceptará o

---

<sup>896</sup> LARA AGUADO, A.; *Op. Cit.*, pág. 39.

<sup>897</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M.; *Op. Cit.*, pág. 30 y LARA AGUADO, A.; *Op. Cit.*, pág. 39-40.

<sup>898</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M.; *Op. Cit.*, pág. 20.



denegará la solicitud de cambio o modificación de nombre propio o apellidos en aras al respeto del principio de orden público. Por ello, debe interpretarse la normativa de la forma más favorable a la intervención del menor y entender que, cuando ésta no exija de forma expresa la mayoría de edad, el menor con suficiente madurez psíquica podrá intervenir por sí mismo.

Además de la madurez, otro criterio a tener en cuenta, especialmente si aquélla no existe por estar ante menores de corta edad, es el interés superior del menor. De hecho, cuando al menor se le atribuye el nombre, no tiene capacidad natural suficiente para opinar por lo que deberemos atender a su interés. De ahí que la normativa imperativa que regula el nombre civil se justifique en aras a respetar la dignidad y la personalidad del menor.

Pero además de la identificación psicológica, el nombre civil permite, a través de los apellidos, la identificación del individuo con una determinada procedencia genealógica, de tal manera que se produce una identificación familiar. Por esta razón, es de suma importancia la transmisión del doble apellido al hijo pues con ello se identifica la filiación paterna y materna. De esta forma la persona, y en especial el menor, adquiere conciencia de pertenecer a una familia y se siente integrado en ella.

Finalmente, debe hablarse de una identificación social en la medida en que cada sociedad elabora unos signos distintivos a los que atribuye la consideración de nombre<sup>899</sup>. La forma y el orden de los elementos que componen el nombre responden a los valores culturales y sociales, en ocasiones anacrónicos, que existen en cada ordenamiento. De esta forma cada persona se siente integrada en una determinada sociedad y es reconocida como parte de la misma por personas sometidas a otro ordenamiento jurídico.

En conclusión, tal y como hoy se entienden, la individualización y la identificación son dos perspectivas de una misma idea: la identidad de la persona.

---

<sup>899</sup> BATLLE, M.; "El derecho al nombre", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1931, nº 159, pág. 261 donde afirma que "el sistema de denominación refleja el espíritu de un pueblo". Sobre los diferentes sistemas de determinación del nombre que hay en cada sociedad hace un estudio en profundidad SCALS PELLICER, J.; *Op. Cit.*, págs. 354-358.

Una proyectada hacia el exterior en la medida en que permite diferenciar al individuo de sus semejantes, otra hacia el interior puesto que supone un esfuerzo de introspección individual hacia el reconocimiento del propio yo, de la propia personalidad y del origen familiar y social. En efecto, la individualización del nombre tiende a diferenciar al individuo del resto de sus congéneres mientras que la identificación, tal como ha sido definida, responde a un análisis introspectivo de la personalidad y responde sintéticamente a la pregunta ¿quien soy?. Por ello, el derecho al nombre no es sólo el derecho a adquirir un nombre en abstracto<sup>900</sup> sino también el derecho a adquirir un nombre que cumpla estas funciones y que, por tanto, persiga el respeto de la dignidad humana y el desarrollo de la personalidad.

Por ello, podemos deducir que el nombre es la expresión lingüística que permite individualizar a la persona e identificarla desde un punto de vista personal, familiar y social en aras a la protección de su dignidad y del libre desarrollo de su personalidad. Y el derecho al nombre es el derecho de toda persona a ser individualizada e identificada por esa expresión lingüística.

## 1.2. Naturaleza jurídica.

El derecho al nombre tiene una naturaleza mixta<sup>901</sup> porque además de ser una institución de orden público<sup>902</sup> es también un derecho de la personalidad<sup>903</sup>

---

<sup>900</sup> LUCES GIL, F.; *El nombre civil de las personas naturales en el ordenamiento jurídico...*, pág. 76-78 sostiene que sólo podemos hablar de derecho de la personalidad en relación al derecho al tener un nombre en abstracto pero no respecto a nombres concretos que no son más que un derecho adquirido.

<sup>901</sup> PLANIOL RIPERT, M.; *Op. Cit.*, nº 525, pág. 211 y LINACERO DE LA FUENTE, M.; *Op. Cit.*, pág. 20.

<sup>902</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ, CANO, R.; *Op. Cit.*, pág. 211 y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.; *Op. Cit.*, pág. 813.

<sup>903</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M.; *Op. Cit.*, pág. 19, FORNER Y DELAYGUA, J.J.; *Nombre y apellidos. Normativa interna e internacional*, Barcelona, 1994, pág. 22, MARTÍNEZ CALCERRADA, L.; "Apellidos. La alteración de su orden", en *La ley*, 1982-4, pág. 1102, SOTO NIETO, F.; "Alteración en el orden de los apellidos. Una novedad legislativa", en *La ley*, 1981-4, pág. 920, RODRÍGUEZ CASTRO, J.; " El nombre civil: concepto...", pág. 107-109, CASTÁN TOBEÑAS, J., "Los derechos de la personalidad"..., pág. 32-33 y *Derecho civil español común y foral...*, Tomo 1, Vol. II, pág. 138, ROGEL VIDE, C.; *Op. cit.*, pág. 68, HUALDE SÁNCHEZ, J.J.; *Op. Cit.*, pág. 334, DELGADO ECHEVARRÍA, J. en LACRUZ BERDEJO, J.L.; *Op. Cit.*, vol. I, pág. 96-100, BATLLE, M.; *Op. Cit.*, pág. 284-286 donde afirma que el "individuo, desde que nace en el seno de la familia y la sociedad adquiere, en su sentido más lato, la personalidad; ésta supone distinción, y, por tanto, si no es dable negar en el estado actual del derecho, la cualidad de persona a ningún ser humano, tampoco lo es negarle las condiciones necesarias de distinción" y añade que "el

pues contribuye a la consecución de los valores dignidad y libre desarrollo de la personalidad reconocidos en el art. 10.1 CE como valores superiores del ordenamiento jurídico. En efecto, el nombre identifica e individualiza a la persona de forma tal que garantiza su identidad personal puesto que contribuye a definir la personalidad del individuo y a que éste cree una imagen de sí mismo por cuanto toma conciencia de la propia individualidad<sup>904</sup>.

Parece razonable pensar que todo derecho de la personalidad, por cuanto es inherente al individuo, debería ser considerado como derecho fundamental. Sin embargo, el derecho al nombre no está recogido en el articulado de la Constitución por lo que se plantea la duda de si puede sostenerse su calificación como tal. En efecto, la cuestión es si es posible hablar de derechos fundamentales al margen del articulado constitucional o de si sólo es derecho fundamental aquél que se recoge como tal en la Carta Magna<sup>905</sup>.

A diferencia de lo que sucede en otras Constituciones<sup>906</sup>, la Constitución española de 1978 no establece en lugar alguno que puedan existir derechos fundamentales al margen de su articulado. Sin embargo, aceptado por la doctrina que los derechos constitucionalmente reconocidos parten de la existencia previa y posterior reconocimiento de unos valores superiores ético-sociales, es objeto de estudio frecuente entre la doctrina si el catálogo de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución es una lista cerrada o no<sup>907</sup>. La doctrina coincide

---

derecho al nombre es necesaria e inmediata consecuencia de ésta, y como eficaz complemento de la misma bien puede sin temor calificarse de derecho de la personalidad”, LUCES GIL, F.; *El nombre civil de las personas naturales en el ordenamiento jurídico...*, pág. 76-78 aunque considera este autor que sólo puede considerarse como derecho de la personalidad el derecho a un nombre en abstracto pero no el derecho a un nombre concreto. En cualquier caso, sobre la antigua discusión acerca de la naturaleza jurídica del derecho al nombre como derecho de la personalidad puede verse BATLLE, M.; *Op. Cit.*, pág. 275-296.

<sup>904</sup> LARA AGUADO, A.; *Op. Cit.*, pág. 65.

<sup>905</sup> Cuando se habla aquí de derechos fundamentales se está haciendo un uso del término en sentido estricto, es decir, como aquellos derechos susceptibles de recurso de amparo.

<sup>906</sup> Así, la Constitución portuguesa que en su art. 16 establece que “los derechos fundamentales consagrados en la Constitución no excluyen cualesquiera otros que resulten de las leyes y normas aplicables del Derecho internacional” y la enmienda novena de la Constitución de los Estados Unidos que dice que “aunque la constitución enumere ciertos derechos, no ha de entenderse que niega o menosprecia otros que conserva el pueblo”.

en que la virtud de nuestra Carta Magna es superar la dicotomía iusnaturalismo-positivismo<sup>908</sup> y, sin embargo, como se verá, la respuesta que se da a la cuestión anterior no deja de reflejar una u otra postura jurídica.

1. *Teoría dualista de fundamentación ética.* La fundamentación ética parte de la idea de que el origen de los derechos fundamentales no es jurídico sino previo al Derecho de tal manera que lo único que hace la Constitución es reconocerlos. Los derechos fundamentales derivan de la idea de dignidad y de la propia naturaleza del individuo puesto que, en la medida en que son derechos inherentes a la condición humana, se ostentan por el mero hecho de ser persona<sup>909</sup>. Se pretende aquí superar la dicotomía iusnaturalismo-positivismo en la medida en que se incorporan los derechos al ordenamiento jurídico para garantizar su protección jurisdiccional pero al mismo tiempo se defiende la existencia de derechos humanos al margen de su reconocimiento o no por el Derecho positivo<sup>910</sup>.

---

<sup>907</sup> APARICIO PÉREZ, M.A.; “La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la constitución Española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales”, en *Jueces para la Democracia*, 1989, nº6, págs.9-18, DE LA QUADRA-SALCEDO y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T.; “Tratados internacionales y apertura de los derechos fundamentales”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1991, nº 61, pág.129-141, DE LUCAS J.-VIDAL, E.; “El catálogo de derechos en la Constitución Española de 1978: ¿una lista cerrada?”, en *Introducción a los derechos fundamentales*, vol. I, Madrid, 1988, págs. 629-635, BALADO RUIZ-GALLEJOS, M.; “En torno al concepto de derecho fundamental en la Constitución de 1978” en *Introducción a los derechos fundamentales*, Vol. I, Madrid, 1988, págs. 351-357.

<sup>908</sup> FERNÁNDEZ, E.; “El problema del fundamento de los derechos humanos”, en *Anuario de Derechos humanos*, 1981, nº 1, pág. 99-101, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; *Los valores superiores*, Madrid, 1986, pág. 12-13 donde afirma que el art. 1 CE representa la ruptura con la tradicional dialéctica Derecho natural-Derecho moral “puesto que se positivizan los contenidos éticos y de justicia que el poder pretende realizar en la idea de valores superiores” y añade en la pág. 24 que dicho artículo “es una oportunidad única para profundizar en una moralización del derecho que evite el diabólico y falso dilema de iusnaturalismo frente a positivismo”. También así HERNANDEZ GIL, A.; “La Constitución, el derecho el ordenamiento y los valores”, en *Obras Completas*, Madrid, pág. 435 y 451-452 y RUIZ GIMENEZ CORTÉS, J.; *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, pág. 55-56 donde habla de interpretación integradora del art. 10 CE para “superar la vieja dicotomía del derecho natural y del Derecho positivo, para emerger (...) hacia un universal y efectivo sistema jurídico protector de la libertad, la igualdad, la justicia y la paz entre todos los seres humanos y todos los pueblos”.

<sup>909</sup> FERNÁNDEZ, E.; *Op. Cit.*, pág. 98.

<sup>910</sup> FERNÁNDEZ, E.; *Op. Cit.*, pág. 99-101 donde afirma que “puede darse el caso de derechos fundamentales que se defiendan como tales, y lo sean realmente, y que en cambio no hayan sido incorporados al derecho positivo, es decir, no tengan la configuración, aunque sí la pretensión, de convertirse en derechos públicos subjetivos”. En efecto, la llamada fundamentación ética del derecho parte de la existencia previa en la conciencia social de una serie de derechos que el ordenamiento jurídico no crea sino que reconoce y garantiza. La ventaja de esta teoría frente al iusnaturalismo es que se incorporan los derechos al ordenamiento jurídico pero al mismo tiempo se

Por tanto, el reconocimiento en la Constitución de los derechos fundamentales garantiza una protección jurisdiccional cualificada pero ello no significa que no puedan existir otros derechos fundamentales al margen del texto constitucional que deriven del valor dignidad reconocido en el art. 10.1 CE. Los derechos inherentes a la persona son una manifestación del valor dignidad de tal forma que la evolución de las necesidades éticas de la sociedad no son más que proyecciones de tal dignidad que se traducen en nuevos derechos fundamentales y que no son creación del legislador sino deducción empírica del valor dignidad<sup>911</sup>. La cláusula del art. 10.1 CE vendría a ser la fuente de todos los derechos inherentes al hombre se reconozcan o no como derechos fundamentales por la CE. En la medida en que el derecho al nombre es una manifestación de la personalidad y que el individuo reconoce en él su propia identidad, puede afirmarse que el derecho al nombre deriva del valor dignidad contemplado en el art. 10.1 CE<sup>912</sup>.

Sin embargo, ello plantea un problema pues, aunque aceptemos que el derecho al nombre es un derecho inherente a la persona por derivación del valor dignidad, no puede afirmarse que este derecho esté protegido por el recurso de amparo establecido en el art. 53.2 CE pues este precepto es claro al respecto y afirma que sólo los derechos reconocidos en los arts. 14 a 29 de la Constitución pueden beneficiarse de esa protección cualificada.

---

defiende su existencia al margen de su realidad jurídica por lo que se supera así el positivismo. La fundamentación ética implica que es posible la existencia de derechos en el plano ético-social sin que ésta tenga su reflejo en el plano jurídico en cuyo caso la inexistencia jurídica no es obstáculo para afirmar la existencia de tales derechos pues esta concepción dualista permite hablar de derechos humanos cuando se acepta su realidad ética pero no jurídica aunque no a la inversa. Por tanto, aunque normalmente hablaremos de una existencia dual de derechos, puede darse también una existencia ética pero no jurídica.

<sup>911</sup> BALADO RUIZ-GALLEJOS, M.; *Op. Cit.*, Vol. I, pág. 352 y LARA AGUADO, A.; *Op. Cit.*, pág. 77 quien considera que el valor dignidad es una cláusula de reintegración que permite "adaptar la CE a las necesidades sociales, integrando en su articulado los nuevos derechos que la sociedad demande.

<sup>912</sup> Así lo reconoce LARA AGUADO, A.; *Op. Cit.*, pág. 76-79.

2. *Teoría dualista constitucionalista*<sup>913</sup>. El gran logro de la Constitución española es precisamente haber logrado un consenso entre ideologías aparentemente irreconciliables a través de un eclecticismo integrador<sup>914</sup>. En efecto, mediante la interpretación ecléctica de la Constitución se supera el positivismo porque el ordenamiento jurídico ya no es algo ajeno e independiente de consideraciones éticas, ni es justo por el simple hecho de ser derecho positivo sino que debe respetar y desarrollar determinados valores. Pero se supera el iusnaturalismo por cuanto, pese a tenerse en cuenta elementos ético-morales, éstos se han incorporado a la Constitución y forman parte del ordenamiento jurídico. Por tanto, y ésta es la gran diferencia respecto de la postura anterior, se acepta que la Constitución parte de una realidad ética preexistente pero se niega que pueda darse valor alguno a los derechos no reconocidos en la Carta Magna.

Los valores constitucionalmente reconocidos no tienen carácter absoluto sino relativo puesto que son resultado de un determinado contexto histórico, social y cultural<sup>915</sup>. Pero precisamente por ser estos valores y derechos fruto de un tiempo y lugar hemos de encontrar un fundamento que legitime su afirmación. Actualmente el tema del fundamento de los derechos humanos está resuelto gracias a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 que representa un sistema de valores humanamente fundado y, por tanto, la prueba del consenso general acerca de su validez o lo que podríamos denominar *consensus omnium gentium*<sup>916</sup>. Un sistema de valores tendrá tanta más legitimidad cuanto

---

<sup>913</sup> Su principal defensor, aunque no la denomina así, es PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; *Op. Cit.*, especialmente en págs. 49-57.

<sup>914</sup> En este sentido PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; "Reflexiones sobre la Constitución española desde la Filosofía del Derecho", en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 61, 1980, pág. 106.

<sup>915</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; *Los valores...*, pág. 108 donde sostiene que un claro ejemplo de ello se puede observar en el art. 1.1 CE donde se reconoce el pluralismo político como un valor superior del ordenamiento jurídico pues ello, que no tiene parangón en ninguna otra Constitución europea, es el resultado de 40 años de dictadura en España donde, probablemente, de haber existido una tradición democrática, no se hubiese sentido la necesidad de contemplarlo en el art. 1 CE.

<sup>916</sup> BOBBIO, N.; "Presente y porvenir de los derechos humanos" en *Anuario de Derechos humanos*, 1981, nº1, pág. 10-12 donde sostiene que existen tres modos de justificar los derechos humanos. En primer lugar, puede apelarse a la naturaleza humana pero ello plantea el problema, dice el autor, de que su esencia se ha interpretado de diferentes formas por lo que ello pone en duda su validez universal. En segundo lugar puede apelarse a la evidencia pero ello impide todo argumento racional y además no existe acuerdo sobre lo que es evidente. Por ello, los derechos humanos deben estar apoyados en el consenso de tal manera que cuanto mayor sea el consenso

mayor sea el consenso sobre ellos. Por ello, cabe decir que los valores éticos tienen vocación de universalidad y que ésta es satisfecha a través de los Tratados y Declaraciones internacionales que hacen las veces de Constituciones nacionales en la medida en que positivizan a nivel supranacional la ideología moral de una sociedad y cultura. La superación de la dicotomía iusnaturalismo-positivismo también se supera a nivel internacional positivizando un sistema de valores común y compartido por la mayoría de la población mundial.

Sin embargo, una y otra teoría pueden dar cabida a derechos no reconocidos expresamente en la Constitución. La fundamentación ética lo hará de una forma directa aceptando la existencia, aunque sin las garantías de la Carta Magna, de derechos fundamentales al margen del articulado constitucional. La segunda de una forma indirecta incardinando derechos considerados fundamentales por el *consensus omnium gentium* dentro del contenido de derechos recogidos expresamente por la Constitución y a través de la integración en el ordenamiento constitucional propio de derechos reconocidos a nivel internacional. Por ello, parece que debe aceptarse la posibilidad de que existan derechos fundamentales al margen de los explícitamente reconocidos en la Constitución como sucedería con el derecho al nombre. Ahora bien, el problema está en determinar si esos derechos están protegidos por el recurso de amparo regulado en el art. 53 CE.

Los arts. 10.1 y 10.2 de la CE funcionan como cláusulas de reintegración, es decir, cláusulas dirigidas a conseguir una mejor configuración de los derechos fundamentales en aras a su adecuación a las nuevas exigencias sociales<sup>917</sup>. Las cláusulas de reintegración, en la medida en que marcan la función y la finalidad de los derechos fundamentales, llevan a su plenitud a estos derechos mediante su desarrollo y sucesiva ampliación a figuras tácitamente comprendidas en su contenido.

---

más fundado estará el valor. "Pues bien -dice Bobbio- la Declaración universal de derechos humanos puede ser aceptada como la mayor prueba histórica que nunca haya existido del "consensus omnium gentium" acerca de un determinado sistema de valores".

<sup>917</sup> DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T.; "Tratados internacionales y apertura de los derechos fundamentales", en *Op. Cit.*, pág. 130 y ss.

1. *El art. 10.1 CE como cláusula de reintegración.* En este sentido el art. 10.1 CE establece que la “dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Este precepto constitucional consagra como valores superiores del ordenamiento la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad por lo que impregnan el contenido de los derechos fundamentales y por ello, éstos deben perseguir como objetivo último la protección y garantía de aquéllos.

Los derechos constitucionalmente reconocidos se interpretarán y desarrollarán conforme al valor dignidad. Por ello, el derecho al nombre, como proyección de la dignidad de la persona se incardinará en todo derecho reconocido por la Constitución que esté implícitamente vinculado a dicha manifestación de la identidad personal. El derecho al nombre se incardina en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen reconocidos en el art. 18.1 CE. De esta forma conseguimos que el nombre en tanto que derecho inherente a la persona esté protegido por las garantías jurisdiccionales del art. 53.2 CE.

2. *El art. 10.2 CE como cláusula de reintegración.* El art. 96.1 CE establece que los Tratados internacionales formarán parte del ordenamiento jurídico interno una vez publicados oficialmente en España. Ello significa que los derechos reconocidos internacionalmente son también derechos en el ordenamiento jurídico español con independencia de si están recogidos en la Constitución o no.

Es aquí cuando debe recordarse que el art. 10.2 CE entiende que las normas relativas a derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados internacionales firmados por España y lo propio establece el art. 39.4 respecto de los derechos reconocidos al menor de edad en la normativa internacional. Debe entenderse que aquellos derechos contemplados en los Tratados internacionales que no se reconocen expresamente por la Constitución se conectan íntimamente con otros que sí aparecen por lo que debe entenderse que serán concreción o



desarrollo de aquéllos<sup>918</sup>. El art. 10.2 de la CE actúa como una cláusula de reintegración. Por esta vía de nuevo puede argumentarse la posibilidad de que tales derechos accedan al recurso de amparo.

El art. 8 de la Convención de derechos del niño de 20 de noviembre de 1989<sup>919</sup> proclama el derecho a la identidad y reconoce el nombre como una manifestación de dicha identidad. El art. 7 del mismo texto reconoce expresamente el derecho al nombre. También hay que tener en cuenta el art. 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Así, utilizando estos derechos reconocidos en Tratados internacionales podemos reintegrar otros derechos recogidos por la Constitución y de esta forma dar un nuevo contenido y un mayor desarrollo a los derechos fundamentales reconocidos en la Carta Magna.

Por ello, puede argumentarse que el derecho al nombre es una manifestación del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen reconocido en el art. 18.1 CE<sup>920</sup>. En efecto, puede interpretarse que el derecho al nombre se relaciona con el derecho a la imagen en la medida en que es una de las manifestaciones de la identidad<sup>921</sup> del individuo que contribuye a que éste se forme una imagen de sí mismo. De esta forma el derecho al nombre tiene acceso al recurso de amparo del art. 53 CE.

---

<sup>918</sup> Así lo hace notar DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T.; "Tratados internacionales y apertura de los derechos fundamentales", en *Op. Cit.*, pág. 133-134.

<sup>919</sup> BOE nº 313 de 1 de diciembre de 1990.

<sup>920</sup> Así, LARA AGUADO, A.; *Op. Cit.*,..., pág. 58-75. Sostiene también la autora en págs. 54-57 que el derecho al nombre podía incardinarse en el contenido del art. 32.2 CE en la medida en que el art. 16 c) y g) del Convenio de Naciones Unidas sobre eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer establece que el hombre y la mujer son iguales en derechos por lo que no puede impedirse que transmitan su apellidos a los hijos. Sin embargo, si de lo que se trata es de conseguir que el derecho al nombre reciba tratamiento de derecho fundamental para que así pueda acceder al recurso de amparo, no se consigue este objetivo por esta vía. En efecto, si el derecho al nombre es un derecho de la personalidad porque es un derecho inherente a la persona debe garantizarse una protección jurisdiccional cualificada del mismo que sólo será posible si se incardina por la vía de las cláusulas de reintegración en un derecho reconocido como fundamental por la Constitución.

<sup>921</sup> El art. 12 del RRC también se refiere al nombre y los apellidos como manifestaciones de la identidad.

Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en las STCs 20/1992 de 14 de febrero de 1992<sup>922</sup>, en la 219/1992 de 3 de diciembre, en la 117/1994 de 25 de abril<sup>923</sup> o en la 134/1999 de 15 de julio. También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Gaskin vs Gran Bretaña* interpreta que el derecho al nombre forma parte de la intimidad, el honor y la propia imagen<sup>924</sup>. La ley 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen reconoce en su art. 7.6 que la utilización del nombre para fines comerciales, publicitarios o análogos es una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad. La cuestión está en saber si tal afirmación puede hacerse con carácter general o sólo es aplicable al uso del nombre para fines comerciales. Parece que el tema lo aclara la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección del menor que afirma en su art. 4.2 que la difusión o utilización del nombre del menor puede ser una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación. En efecto, en el art. 4 de la ley orgánica 1/1996 se considera la imagen y el nombre como elementos identificadores del menor de edad que cuando se utilizan en los medios de comunicación, con fines comerciales o no, pueden vulnerar el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen del menor. Por ello, debemos concluir que el derecho al nombre se incluye en el contenido de los derechos recogidos en el art. 18 CE.

En resumen, tanto la teoría de la fundamentación ética como la constitucionalista permiten sostener que el derecho al nombre es un derecho fundamental. La fundamentación ética acepta la existencia de derechos

---

<sup>922</sup> Dice el Tribunal Constitucional que el derecho a la intimidad “fue aquí afectado, bastando a tal efecto, con remitirse a lo fundamentado al respecto por los órganos jurisdiccionales que resolvieron y que apreciaron, muy razonadamente, que la identificación periodística, indirecta pero inequívoca, de una persona, como afectada por el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) deparaba (...), un daño moral (...) a quienes así se vieron señalados como afectados por una enfermedad cuyas causas y vías de propagación han generado y generan alarma social” y añade que “la identificación de las personas así supuestamente afectadas por la enfermedad fue, en el sentido más propio de las palabras, irrelevante a efectos de la información que se quiso transmitir”. La función identificadora del nombre forma parte del derecho a la intimidad.

<sup>923</sup> Dice el Tribunal que el “derecho a la propia imagen, forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona”.

<sup>924</sup> STEDH 7 julio 1989 caso num. 2/1988/146/200.

fundamentales al margen de la Constitución pues lo hace derivar del valor dignidad lo cual no representa ningún problema en orden al acceso al amparo si se tiene en cuenta que la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad reconocidas en el art. 10.1 CE deben informar todos los derechos fundamentales que se recogen en la CE. La teoría constitucionalista permite a través de la letra de las cláusulas del art. 10.1 y 10.2 CE integrar en el texto constitucional derechos no reconocidos de forma explícita.

## **2. EL NOMBRE PROPIO.**

### **2.1. Atribución del nombre propio.**

Es cierto que en el momento de asignar el nombre al menor de edad, éste no tiene suficiente madurez para intervenir en su elección por lo que no podrá ejercer el derecho de la personalidad. Sin embargo, en realidad el derecho al nombre no faculta a la persona a la elección del propio nombre sino más bien supone que le sea asignado un nombre por quien corresponda. Así se desprende del art. 53 LRC que establece que “Las personas son designadas por su nombre y apellidos, paterno y materno, que la Ley ampara frente a todos”. Por tanto, la ley garantiza *erga omnes* que la persona será designada por su nombre y apellidos, esto es, asegura que toda persona tendrá un nombre que la identifique. Además, el art. 7.1. de la Convención de Derechos del Niño hecha por la Asamblea de la ONU el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 dice que “El niño será inscrito inmediatamente de su nacimiento y tendrá *derecho desde que nace a un nombre*, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. En efecto, el precepto garantiza el derecho a que se asigne un nombre cualquiera que éste sea, no el derecho a elegirlo.

Por ello, y en la medida en que no puede hacerlo por sí mismo serán los padres quienes asignen un nombre al menor. Así se desprende de los arts. 154 CC y 155 CF que establecen que los padres son los representantes legales del menor no emancipado. Dado que el menor no puede elegir por sí mismo el nombre, serán sus representantes legales quienes lo hagan (arts. 162 CC, 155

CF)<sup>925</sup>. Así lo confirma la Circular de 2 de julio de 1980 de la Dirección General del Registro y del Notariado sobre inscripción de nombres propios en el Registro Civil<sup>926</sup> cuando dice que “El principio general es el de libertad de los padres para imponer al nacido el nombre que estimen conveniente...”.

Pese al principio de libertad de forma que impera en la imposición del nombre por los representantes legales, tal elección está sometida a una serie de límites en aras a garantizar el respeto a la dignidad de la persona y la función identificadora del individuo<sup>927</sup>. Por ello, de los arts. 54 LRC y 192 RRC se desprenden una serie de normas limitadoras dirigidas a garantizar que la elección del nombre del nacido respeta su dignidad y asegura la consecución del orden público por cuanto cumple la función identificadora y que son la siguientes:

El art. 54.2 LRC establece que quedan “prohibidos los nombres que objetivamente perjudiquen a la persona, así como diminutivos o variantes familiares y coloquiales que no hayan alcanzado sustantividad, los que hagan confusa la identificación y los que induzcan en su conjunto a error en cuanto al sexo”. Este precepto fue redactado por la ley 40/1999 de 5 de noviembre<sup>928</sup> y sustituyó la redacción anterior que rezaba como sigue: “Quedan prohibidos los nombres extravagantes, impropios de persona, irreverentes o subversivos, así como la conversión en nombre de los apellidos o seudónimos (...) o cualquier otro que haga confusa la identificación”.

---

<sup>925</sup> Sin embargo, en los casos en que la filiación no está determinada y, por tanto, la tutela *ex lege* corresponde a la Administración, la Dirección General de Registros y del Notariado ha entendido que los titulares del acogimiento tienen un interés legítimo en la imposición del nombre al menor pues el acogimiento produce la plena participación del menor en la vida familiar e impone a quien la recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo y procurarle una formación integral según el art. 173.1 CC. Así, la RDGRN de 10 de noviembre de 1990.

<sup>926</sup> BOE nº 161, de 5 de julio.

<sup>927</sup> Así, la Circular de 2 de julio de 1980 de la Dirección General del Registro y del Notariado sobre inscripción de nombres propios en el Registro Civil que establece: “El principio general es el de libertad de los padres para imponer al nacido el nombre que estimen conveniente y la excepción son los límites y prohibiciones contenidos en los artículos 54 de la Ley del Registro Civil y 192 del Reglamento del Registro Civil y *que tienen su justificación en el respeto a la dignidad de la persona del nacido y en la necesidad de evitar confusiones en su identificación*”.

<sup>928</sup> BOE nº 266 de 6 de noviembre de 1999.

Cuando el actual art. 54.2 LRC prohíbe los nombres “que objetivamente perjudiquen a la persona” está estableciendo una fórmula general y abstracta en la que deben incluirse todos aquellos supuestos en que el nombre sea atentatorio de la dignidad de la persona y del desarrollo de su personalidad. Con ello se evita el casuismo, el anacronismo y la incompletud que comportaba la redacción anterior.

Se ha suprimido la referencia a la prohibición de imponer nombres irreverentes o subversivos<sup>929</sup>. Ahora bien, es pensable que un nombre irreverente o subversivo quede incluido en la fórmula general de la redacción actual por atender contra valores constitucionales por lo que sería igualmente rechazado<sup>930</sup>. La prohibición de nombres que objetivamente perjudiquen a la persona se refiere nombres irrespetuosos, soeces, vejatorios, vergonzosos, inusuales o inadecuados para una persona por designar cosas, animales... Además, según aclara el art. 192.2 RRC, también se considerará inaceptable aquel nombre que, aunque individualmente considerado no presenta problema, en combinación con el apellido puede resultar contrario a la dignidad y perjudicar el libre desarrollo de la personalidad. En cualquier caso, como dice la Circular de la DGRN de 2 de julio de 1980, no se consideran nombres irrespetuosos o perjudiciales aquellos que reflejen valores constitucionales. Sin embargo, ello ha suscitado algunas dudas entre la doctrina por considerar inadecuados para una persona nombres como Democracia, Igualdad, Autonomía,...<sup>931</sup>. La misma Circular establece que deben aceptarse nombres de fantasía, legendarios, mitológicos, artísticos o históricos teniendo en cuenta la realidad social y cultural del momento. Sin embargo, esta regla debe someterse al criterio interpretativo del respeto a la dignidad y a la

---

<sup>929</sup> Ya hacía tiempo que la doctrina venía abogando por su supresión. Así, LUCES GIL, F.; *Op. Cit.*, pág. 129 y RODRÍGUEZ CASTRO, F.; “El nombre civil propio de las personas físicas y el Registro Civil”, en *Op. Cit.*, pág. 1009.

<sup>930</sup> Así nombre como Dictadura podrían considerarse subversivos pero son rechazables en la medida en que vulneran los valores del art. 10 CE. Y es evidente, como hace notar LINACERO DE LA FUENTE, M.; *Op. Cit.*,..., pág. 57-58, que nombres como Belcebú, Lucifer, Satanás, Luzbel,..., no sólo pueden resultar irreverentes para determinadas religiones y, por tanto, afectar a la libertad religiosa, sino que son atentatorios de la dignidad personal por cuanto tienen claras connotaciones maléficas y negativas.

<sup>931</sup> Así, SCALS PELLICER, J.; *Op. Cit.*, pág. 366, LINACERO DE LA FUENTE, M.; *Op. Cit.*, pág. 50.

personalidad por lo que no se aceptarán nombres de personajes que tengan connotaciones negativas<sup>932</sup>.

Tampoco deben aceptarse como nombres de fantasía los diminutivos que no han alcanzado sustantividad propia. Ello encuentra justificación en el hecho de que el diminutivo está concebido para su uso en el seno familiar como apelativo cariñoso por lo que no es adecuado para identificar a la persona en el ámbito social<sup>933</sup>.

También se establece la prohibición de nombres que hagan confusa la identificación del sexo. El art. 54.2 LRC también prohíbe la imposición de cualquier otro nombre que dificulte la identificación por lo que debe hacerse extensible la prohibición a cualquier nombre que haga confusa la identificación en forma tal que perjudique la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. En realidad, estamos ante una cláusula abierta. El fundamento de esta prohibición, en relación al sexo, es doble. Por una parte se pretende no confundir al menor sobre su identidad sexual pues ello podría dificultar el libre desarrollo de su personalidad. La imposición a un recién nacido de un nombre que resulte ambiguo en relación al sexo atentaría contra la personalidad del menor por cuanto le crearía confusión sobre su identidad sexual en una etapa especialmente delicada como es la infancia. Por ello, aceptar nombres que hagan confusa la determinación del sexo sería contrario al mandato del art. 10.1 CE que establece el derecho al libre desarrollo de la personalidad en la medida en que todo ser humano tiene derecho a un sexo bien determinado en todas sus manifestaciones y una de ellas sería precisamente el nombre propio<sup>934</sup>. Basta para confirmar la importancia del nombre en la autoafirmación de la identidad sexual que su modificación es una de las primeras reivindicaciones del transexual. Por otra parte, podría ser contrario al orden público por impedir la identificación social de la persona al no coincidir el género del nombre con el sexo de la persona.

---

<sup>932</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M.; *Op. Cit.*, pág. 52.

<sup>933</sup> En cualquier caso, la determinación de si un diminutivo ha alcanzado sustantividad o no se realiza de forma arbitraria como han reconocido HUALDE SÁNCHEZ, J.J.; *Op. Cit.*, pág. 337 y LINACERO DE LA FUENTE, M.; *Op. Cit.*, pág. 55.

<sup>934</sup> Así, LINACERO DE LA FUENTE, M.; *Op. Cit.*, pág. 60

El art. 54.3 LRC establece la prohibición de homonimia entre hermanos. La finalidad de esta prohibición es garantizar la identificación e individualización de la persona<sup>935</sup> dentro del grupo familiar. En efecto, la eficacia del nombre propio en el ámbito social es totalmente irrelevante pero adquiere una importancia fundamental en el ámbito familiar. Debe tenerse en cuenta que los apellidos de los hermanos coinciden normalmente y que se tiene una relación muy cercana con ellos por lo que al igualarlos también en el nombre propio se imposibilita o dificulta su individualización. Ello puede favorecer una crisis de identidad y perjudicar el libre desarrollo de la personalidad especialmente en personas de tan corta edad que todavía están formando su carácter y autoafirmándose como individuos. En efecto, en la situación descrita, dado que el menor está en proceso de formación y de desarrollo psíquico y emocional, la imposibilidad de diferenciar su persona de otras tan cercanas como sus hermanos puede tener consecuencias nefastas en el desarrollo de la personalidad. La función individualizadora del nombre actúa aquí en aras a la protección de los valores recogidos en el art. 10.1 CE. De ahí que esta limitación no actúe respecto de hermanos que hayan fallecido (art. 54.2 LRC) o respecto de otras personas del grupo familiar que no tengan iguales apellidos como hermanastros, padres,...<sup>936</sup>. Y de ahí que tampoco tenga sentido respecto de hermanos de diferentes sexo o cuando el nombre sea sólo parcialmente coincidente<sup>937</sup>.

El art. 54.2 LRC establece la prohibición de cualquier nombre que haga confusa la identificación porque lo que se pretende es que la elección del nombre garantice la función identificadora e individualizadora del mismo. Debe tenerse en cuenta que, aunque estamos ante un derecho de la personalidad, por las características del mismo, su titular no puede realizar la elección por lo que debe procurarse que la decisión garantice el contenido esencial de tal derecho.

---

<sup>935</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M.; *Op. Cit.*, pág. 58 y LUCES GIL, F.; *Op. Cit.*, pág. 141.

<sup>936</sup> Así, LINACERO DE LA FUENTE, M.; *Op. Cit.*, pág. 58-59.

<sup>937</sup> SCALS PELLICER, J.; *Op. Cit.*, pág. 367.

Existe una limitación en el número de nombres permitidos (arts. 54.1 LRC y 192.1 RRC). No se podrán imponer más de dos nombres simples, que se unirán por un guión, o de un nombre compuesto. Está muy arraigada en nuestra sociedad esta costumbre por cuanto facilita enormemente la diferenciación entre el nombre propio y los apellidos. Además evita la acumulación de nombres propios que no se utilizan nunca y que pueden ocasionar problemas en la práctica<sup>938</sup>.

Se ha suprimido por la ley 40/1999 de 5 de noviembre la prohibición de usar un apellido o un seudónimo como nombre. Ello resulta acertado puesto que en realidad esta limitación sólo estaría justificada en supuestos que fueran atentatorios de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad o que impidieran la identificación por lo que ya se incluyen en las fórmulas generales de la redacción actual.

También se ha suprimido la obligación de inscribir el nombre en alguna de las lenguas españolas puesto que el idioma en que se inscriba el nombre no impide en modo alguno la identificación de la persona. El antiguo artículo 54 LRC decía que tratándose de españoles los nombres debían ser consignados en alguna de las lenguas españolas. Actualmente no existe referencia alguna a esta cuestión ni en el art. 54 LRC ni en el art. 192 RRC pues se considera que, dado el proceso de globalización, que un nombre se consigne en una lengua extranjera ya no representa un problema de identificación y en caso de que así fuera, como podría suceder con determinadas lenguas, se permite la adecuación de la fonética a la grafía española por los arts 59.5 LRC y 209.5 RRC.

Por tanto, en la medida en que el nombre es un derecho de la personalidad debe procurarse que su elección, ya que el recién nacido no puede colaborar en ella, no vulnere la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad del menor de edad consagrados en el art. 10.1 CE. Además, la actuación de las personas que eligen el nombre del menor debe ir dirigida a la consecución de las

---

<sup>938</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M.; *Op. Cit.*, pág. 61, SCALS PELLICER, J.; *Op. Cit.*, pág. 368, LUCES GIL, F.; *Op. Cit.*, pág. 142-143 y HUALDE SÁNCHEZ, J.J.; *Op. Cit.*, pág. 336.



funciones de identificación e individualización asignadas al nombre<sup>939</sup>. Por ello, las personas que se establecen en el art. 43 LRC pueden elegir libremente el nombre del menor de edad y el juez encargado del Registro Civil deberá, según dispone el art. 193.1 RRC, hacerlo constar así. Pero, si no se expresa el nombre o éste es inadmisibles, pasados tres días “se procederá a la inscripción del nacimiento imponiéndose el nombre por el encargado” según establece el art. 193.2 RRC. Ello es fruto de la necesidad de que todo individuo, en tanto que persona, tenga un nombre que le individualice de sus semejantes y con el cual pueda identificarse<sup>940</sup>. Debe hacerse notar en consecuencia, que el derecho al nombre no tiene una perspectiva pasiva, es decir, no existe el derecho a no tener un nombre porque ello es manifiestamente contrario a la finalidad del derecho mismo. La consecuencia de esta filosofía implícita en la consideración del derecho al nombre como derecho de la personalidad es la que ha comportado una sucesiva eliminación de limitaciones legales y de interpretaciones restrictivas de la normativa relativa al nombre de las personas que eran fruto de la consideración del nombre como una institución de orden público.

En conclusión, el menor tiene derecho a que le sea asignado por sus representantes un nombre que respete su dignidad y libre desarrollo de la personalidad y que permita su identificación, cada vez menos por una cuestión de orden público, aunque también, sino como una forma de garantizar el libre desarrollo de su personalidad.

## **2.2. Cambio del nombre propio.**

En un origen se partía del principio de inmutabilidad del nombre<sup>941</sup> pero actualmente, en la medida en que cada vez está más asumido en el ámbito jurídico que el nombre es un derecho de la personalidad y que la función de identificación en sentido tradicional como comprobación de la identidad de una persona se consigue también a través de otros instrumentos como el DNI, esta

---

<sup>939</sup> Así, RODRÍGUEZ CASTRO, F.; “El nombre civil propio de las personas físicas y el Registro Civil” en *Op. Cit.*, pág. 1003-1004, LUCES GIL, F.; *Op. Cit.*, pág. 125.

<sup>940</sup> HUALDE SÁNCHEZ, J.J.; *Op. Cit.*, pág. 336.

<sup>941</sup> SCALS PELLICER, J., *Op. Cit.*, pág. 378.

regla debe ceder en favor de la adecuación del nombre al libre desarrollo de la personalidad, al respeto a la dignidad personal y a la consecución de la función identificadora e individualizadora del nombre.

La ley establece una serie de supuestos en los que está permitida la modificación del nombre propio. Son los siguientes:

1. *Supuestos en los que el juez de primera instancia tiene competencia para modificar el nombre siempre y cuando concurra justa causa y no se perjudique a tercero* (arts. 59 LRC, 209 y 210 RRC). Los arts. 59.2 LRC y el art. 209.2 RRC establecen que podrá modificarse el nombre si fue impuesto con infracción de la normativa lo cual está plenamente justificado pues, como ya quedó dicho, la normativa sobre la asignación del nombre propio responde a las exigencias derivadas del respeto a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad o de las funciones que se atribuyen al nombre. Por el mismo motivo el nombre que sustituya al anterior deberá respetar la normativa de imposición del nombre propio<sup>942</sup>.

El art. 209.4 RRC permite que el nombre inscrito en el Registro Civil se cambie por el usado habitualmente<sup>943</sup>. Ello se justifica en la medida en que la ley pretende adecuar el nombre oficial al real entendiendo por real aquél en el cual el individuo se reconoce. Se ha definido la habitualidad del nombre como su uso durante un periodo de tiempo indeterminado pero suficiente para que haya

---

<sup>942</sup> Varias son las resoluciones de la DGRN que rechazan la modificación por este motivo. Así la RDGRN de 9 de septiembre de 2002, 2 de octubre de 1996 y 5 de marzo de 1993.

<sup>943</sup> En este sentido, la Resolución de la DGRN de 13 de septiembre de 1984 dice que “la habitualidad exigida, a estos efectos, es un requisito que depende de la edad del interesado, sin que en principio haya inconveniente para estimar que incluso un niño de corta edad puede pasar a ser conocido por un nombre propio distinto del que le corresponde”. La DGRN ha entendido que cuando el menor al que se quiere cambiar el nombre tiene alrededor de un año de edad o menos no puede existir la habitualidad. Así en las RDGRN de 9 de septiembre de 2002, 2 de septiembre de 1996, 8 de octubre de 1996, 26 de octubre de 1995, 23 de septiembre de 1994, 19 de octubre de 1994, 18 de julio de 1994, 5 de febrero de 1994, 12 enero 1994, 2 de agosto de 1993, 14 de diciembre de 1993, 2 de noviembre de 1992, 25 de febrero de 1987 y 13 de septiembre de 1984. Por el contrario, por encima de esta edad suele concederse la habitualidad si ésta se prueba como sucede en las RDGRN de 17 de octubre de 1996, de 20 de junio de 1996, de 8 de septiembre de 1994, de 23 de junio de 1994, 16 enero 1989 y si bien es cierto que la habitualidad no se concede en un menor de cuatro años en la RDGRN de 10 de mayo de 1993 parece que ello se debe a la escasez de pruebas sobre el uso habitual y no a la imposibilidad de que en casos de menores de cuatro años no pudiera darse dicha habitualidad.

existido una difusión social y no sólo familiar del nombre que se quiere imponer<sup>944</sup>. Sin embargo, creemos que debe tenerse en cuenta el grado de identificación psicológica del individuo respecto de su propio nombre. Por tanto, si bien es cierto que deberá tenerse en cuenta la edad en aras a la acreditación o no del requisito de la habitualidad, no hay inconveniente en aceptar que un menor de corta edad se sienta identificado con determinado nombre que usa con habitualidad sin necesidad de que ésta se haya manifestado en ámbitos oficiales<sup>945</sup>. En conclusión, para considerar la existencia de la habitualidad en el uso debe demostrarse que existe identificación psicológica del menor respecto del nombre que quiere imponerse. Debe primarse el reconocimiento personal del nombre al reconocimiento social. Lógicamente no se daría esa identificación en menores de tan corta edad que no respondieran a ningún nombre.

Por último el art. 209.5 RRC establece que podrá solicitar la traducción de un nombre extranjero al español lo cual, a *sensu contrario*, significa que se aceptará la inscripción de nombres extranjeros aunque tengan traducción conocida al español.

Nada dice la ley en relación a la posibilidad de modificar el nombre propio del menor adoptado por lo que entendemos que deben aplicarse las reglas generales de protección de la dignidad y libre desarrollo de la personalidad del menor de edad. Por ello, cuando el menor adoptado tenga edad suficiente para haberse identificado psicológicamente con su nombre no parece adecuado modificarlo en el momento de la adopción por ser ello contrario al interés del menor. En el caso de que el menor sea de muy corta edad, no se habrá producido una identificación del menor con su nombre pero en el momento de la adopción faltará el requisito de la habitualidad exigido por la Dirección General de Registros y del Notariado por lo que tampoco debería concederse el cambio de nombre. Cuestión diferente es que con posterioridad a la adopción se demuestre la

---

<sup>944</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M.; *Op. Cit.*, pág. 89 y ss.

<sup>945</sup> En contra del criterio que aquí se mantiene, LINACERO DE LA FUENTE, M.; *Op. Cit.*, pág. 91 que entiende que sólo cuando el nombre se haya proyectado en el tráfico jurídico podrá aceptarse la habitualidad en casos de menores de corta edad.

habitualidad en el uso de otro nombre que implique una identificación psicológica por el menor que justifique la modificación.

2. *Supuestos en que el Ministerio de Justicia puede modificar el nombre* (arts. 57 LRC, 209 y 210 RRC). El Ministerio de Justicia, que suele delegar en la Dirección General de Registros y del Notariado, puede autorizar en todos los casos anteriores directamente y sin limitación de plazo el cambio del nombre. Ello da un amplio margen de libertad que, en ocasiones, se manifiesta en cierta arbitrariedad<sup>946</sup>. En cualquier caso, para que pueda concederse la modificación del nombre, es preciso que exista justa causa, no se cause perjuicio a tercero y lógicamente que el nombre que pretende imponerse se adecúe a la normativa. En efecto, debe demostrarse que se persigue la protección de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad del menor.

El nombre es un derecho de la personalidad por lo que el menor que tenga suficiente grado de madurez podrá iniciar por sí mismo los trámites de modificación del nombre propio sin necesidad de que sus representantes legales completen su capacidad.

En apoyo de esta tesis cabe traer a colación la regla prevista en los arts. 162.2 CC y 155.2 CF según la cual el menor con capacidad natural podrá ejercer por sí mismo sus derechos de la personalidad y puesto que el derecho al nombre lo es podrá el menor con madurez suficiente solicitar la modificación del nombre propio con independencia de que ésta le sea concedida o no<sup>947</sup>.

Además, el art. 2 de la ley orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor afirma que las limitaciones a la capacidad de obrar del menor deberán interpretarse de forma restrictiva<sup>948</sup>, máxime cuando en el supuesto comentado ningún precepto legal impide expresamente al menor modificar su nombre propio.

---

<sup>946</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M.; *Op. Cit.*, pág. 101-102.

<sup>947</sup> También HUALDE SÁNCHEZ, J.J.; *Op. Cit.*, pág. 338 y LINACERO DE LA FUENTE, M.; *Op. Cit.*, pág. 30 consideran aplicable la regla del art. 162.2 CC.

<sup>948</sup> En igual sentido el art. 133.3 CF.

Es cierto que el art. 109 CC hace referencia a la necesidad de haber alcanzado la mayoría de edad para invertir el orden de los apellidos pero varios motivos nos llevan a negar la posibilidad de aplicar esta exigencia a la modificación del nombre propio. La primera es obvia y es que el art. 109 *in fine* CC se refiere a la modificación de apellidos mientras que aquí se cuestiona la posibilidad de modificar el nombre propio. Por otra parte, en la inversión de los apellidos está implícito un conflicto entre la primacía, y en ocasiones conservación, del apellido materno y paterno por lo que la exigencia de la mayoría de edad va dirigida a evitar las posibles influencias que puedan ejercer los progenitores sobre el menor de edad cuestión que no se plantea en el supuesto de la modificación del nombre propio. Por último, mientras que la inversión del apellido del hijo queda al arbitrio del hijo mayor de edad, en el caso del nombre propio se exigen una serie de requisitos que justifiquen la modificación por lo que es lógico que exista una mayor flexibilidad en cuanto a la capacidad exigida que en el supuesto del art. 109 *in fine* CC.

Pero es que, por otra parte, el art. 54 *in fine* LRC dice que “A petición del interesado o de su representante legal, el encargado del Registro sustituirá el nombre propio de aquél por su equivalente onomástico en cualquiera de las lenguas españolas”. Entendemos que el menor de edad con capacidad natural es el interesado y que no es preciso que actúe a través del representante legal en base a las normas de los arts. 162.2 CC y 155.2 CF. Sólo cuando el menor no tenga madurez suficiente podrá intervenir el representante legal. Así debe interpretarse esta norma para hacerlo conforme a la regla de que las limitaciones a la capacidad de obrar del menor deben interpretarse de forma restrictiva (art. 2 de la ley orgánica 1/1996 y art 133.3 CF). Y si la intervención del menor con madurez se permite para solicitar la traducción del nombre a su equivalente en cualquier otra lengua, la misma solución debe adoptarse por aplicación del principio analógico a cualquier otra solicitud de modificación del nombre propio.

Finalmente no puede alegarse como impedimento a la solicitud del cambio de nombre por el menor con capacidad natural la protección del orden público o del interés del menor porque los requisitos que debe cumplir toda modificación del nombre propio están dirigidos precisamente a conseguir estos objetivos. En efecto

la exigencia de la justa causa persigue conseguir el respeto al orden público que impregna el contenido del derecho al nombre pero también garantizar el respeto a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad porque el nombre que va a sustituir al oficial debe respetar los requisitos exigidos para la atribución del nombre, requisitos que persiguen aquellos valores.

Cuando el menor de edad no tiene madurez suficiente para solicitar por sí mismo la modificación de su nombre propio sí será necesaria la intervención de los representantes legales (162.2 CC y 155.2 CF). Sin embargo, debe recordarse que los titulares de la patria potestad y la tutela deben actuar en interés del menor por lo que el objetivo del cambio de nombre debe ser la consecución de la dignidad y libre desarrollo de su personalidad. Por ello, los representantes deberán demostrar la habitualidad del nombre por el que se pretende sustituir al oficial pues lo contrario no sería conforme con la necesaria identificación psicológica del menor con su nombre. Por otra parte el nombre que va a sustituir al oficial debe respetar a su vez todos los requisitos de imposición de nombre por lo que debe garantizar la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad del menor y cumplir la función identificadora. Se trata de evitar modificaciones del nombre del menor arbitrarias o caprichosas que sean contrarias a su interés o al orden público.

Además hay que poner en relación esta regla de actuación de los representantes legales con lo dispuesto en los arts. 154.3 CC, 133.2 CF y 134.4 CF. El art. 154.3 CC establece que todo menor que tenga madurez suficiente deberá ser escuchado en relación a la toma de decisiones que le afecten y la misma regla establece el art. 133.2 CF en relación a las decisiones que tomen los representantes legales respecto de los hijos menores. El art. 154.3 CF insta a la autoridad judicial a oír al menor cuando deba resolver asuntos que le afecten directamente lo cual debería aplicarse de forma analógica aquí en relación a la decisión que adopte el encargado del Registro Civil. Por ello, creemos que cuando el menor tenga madurez suficiente deberá ser escuchado en relación a la modificación de su nombre propio.

Además debe tenerse en cuenta que cuando el art. 154.3 CC establece que para que el menor deba ser escuchado tiene que tener suficiente madurez de juicio no se refiere a que el menor deba tener capacidad natural pues en ese caso debería poder actuar por sí mismo en aplicación de los arts. 162 CC y 155 CF. La necesidad de escuchar al menor debe interpretarse en el sentido de que, aunque el menor no tenga suficiente madurez como para solicitar por sí mismo el cambio de nombre, tenga suficiente edad como para que, de una conversación con él, un adulto pueda extraer conclusiones respecto de cuál es la decisión más adecuada para el desarrollo de su personalidad.

Sin embargo en la práctica no es así como se está procediendo pues no se permite que el menor con madurez suficiente solicite por sí mismo la modificación del nombre propio<sup>949</sup>. En efecto, la Dirección General de Registros y Notariado considera que cuando el menor tiene madurez suficiente debe actuar con el complemento de capacidad de sus representantes legales y cuando no la tenga actuarán los representantes legales únicamente. La Dirección General de Registros y del Notariado se rige por lo previsto en el art. 154.3 CC<sup>950</sup> que establece que el menor deberá ser oído antes de tomar cualquier decisión que le afecte. De esta forma, en el mejor de los casos, se permite que los titulares de la patria potestad o el tutor modifiquen el nombre propio del menor de edad limitándose éste a dar un mero asentimiento.

---

<sup>949</sup> Así la RDGRN de 6 de noviembre de 2001 establece que la modificación del nombre propio del menor de edad requiere la intervención de los representantes legales.

<sup>950</sup> En efecto, en ningún momento la DGRN ha permitido que un menor de edad solicite por sí mismo la modificación de su nombre propio. Es más, es muy restrictivo en la aplicación de la preceptiva audiencia del menor de edad con suficiente madurez respecto de aquellas decisiones que le afectan que establece el art. 154.3 CC. Ciertamente es lógico que en menores de muy corta edad no se lleve a cabo la audiencia al menor. Así sucedería en las Resoluciones de la DGRN de 25 febrero 1987, RAJ 2885 donde el menor tenía 5 meses o en la de 13 de septiembre de 1984, RAJ 5181 en la que se solicitaba el cambio de nombre de un menor de 8 meses. En cambio, la omisión de la audiencia al menor no está en absoluto justificada cuando el menor, si bien no tiene suficiente madurez para ejercer por sí mismo el derecho, sí la tiene para que se pueda mantener una conversación coherente con él en la que se le informe del procedimiento y se extraigan conclusiones de sus comentarios. Sin embargo, no consta que se haya dado audiencia a un menor de 7 años en la Resolución de la DGRN de 18 febrero 2000, RAJ 3101, ni a un menor de 8 años en la Resolución de 5 febrero 2000, RAJ 3098 o incluso a un menor de 4 años en la Resolución de 16 enero 1989, RAJ 184. Sí consta la audiencia a una menor de 16 años cuyos padres solicitaban el cambio de nombre propio por el usado habitualmente en la resolución de 18 febrero 2000, RAJ 3102 pero probablemente en este caso hubiera sido más conforme con el derecho a la personalidad de la menor que se hubiera permitido que fuera ella misma quien solicitara el cambio de nombre propio.

### **2.3. Actuación de los representantes legales.**

Ha quedado expuesto que son los representantes legales del menor quienes deben asignar un nombre al menor en base al principio de libertad de forma pero conforme a los requisitos de los arts. 54 LRC y 192 RRC con el fin de asegurar el respeto de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad del menor así como del orden público. Por otra parte, cuando el menor no tiene suficiente madurez para hacerlo por sí mismo, también serán los representantes legales quienes complementen o sustituyan su capacidad para solicitar la modificación del nombre propio. Ahora bien, ello puede plantear la duda y, de hecho se ha suscitado en la práctica, de si deben actuar conjuntamente ambos representantes o bien pueden actuar individualmente. A resolver esta cuestión se dedica este epígrafe.

La norma general es que los representantes legales deben ejercer conjuntamente la patria potestad por lo que deben actuar juntos o bien uno con el consentimiento tácito o expreso del otro (arts. 156.1 CC y 137 CF). Por ello, los representantes podrán asignar o modificar el nombre propio de forma conjunta o bien individualmente pero con el consentimiento expreso o tácito del otro progenitor. Así se ha entendido por la Dirección General de Registros y del Notariado que considera que no es necesario subsanar la falta de intervención de la madre puesto que se considera que el padre ha intervenido con el consentimiento tácito de aquella<sup>951</sup>.

El problema aparece cuando no existe acuerdo entre los representantes legales en relación al nombre a imponer al menor o en la modificación del mismo y ello se agrava en los supuestos en que los progenitores se hallan en una situación de crisis matrimonial por cuanto la Dirección General de Registros y del Notariado mantiene una doctrina ciertamente vacilante al respecto. Así en la RDGRN de 28 de septiembre de 1995 se afirma que, aunque la regla general es que la patria potestad se ejerce conjuntamente, el art. 156 CC dice que, cuando los padres vivan separados, la patria potestad se ejercerá por aquél de los progenitores que conviva con el hijo si bien el no conviviente podrá solicitar al juez

---

<sup>951</sup> Así, en las RDGRN de 28 de septiembre de 1993 y de 22 de septiembre de 1993.



que establezca que ésta se ejerza de forma conjunta. En el caso de la resolución se daba la circunstancia de que el padre había abandonado el domicilio familiar por lo que era la madre quien convivía con el hijo y a la que se le permitió elegir el nombre propio. Una situación similar se presenta en la RDGRN de 8 de septiembre de 2001 donde la madre convivía con el menor tras haberse separado de hecho del padre tras una situación de amenazas y actitudes violentas por parte de éste. Por el contrario, la RDGRN de 6 de noviembre de 2001 establece que, en la medida en que el ex-marido y padre comparte la patria potestad con la madre, no puede ésta modificar el nombre del hijo menor de edad si consta la oposición del padre y en la RDGRN de 22 de enero de 1992 se añade que aunque sea cierto que la patria potestad se ejerce por la madre, la titularidad de la misma es compartida por ambos progenitores por lo que la madre no puede modificar el nombre del menor con la oposición paterna.

De la lectura atenta de las resoluciones citadas parece que podemos deducir que la Dirección General de Registros y del Notariado coincide en otorgar a la madre la facultad de imponer o modificar el nombre del hijo menor cuando existe una situación de separación de hecho en la que la madre ejerce la patria potestad y cuando se da una situación familiar conflictiva provocada por el padre<sup>952</sup>. En cambio, cuando no se da esa nota de conflictividad provocada por uno de los progenitores se niega la posibilidad de que uno de ellos unilateralmente asigne o modifique el nombre del menor con independencia de si hay una separación de hecho o judicial o de si la patria potestad se ejerce conjuntamente o no<sup>953</sup>. Por ello, pese a la aparente contradicción de las resoluciones, parece que la Dirección General de Registros y del Notariado se rige por un criterio de equidad no formulado expresamente pero que busca impedir que el progenitor que ha mantenido una actitud poco responsable en los deberes de la patria potestad pueda vetar la actuación del otro progenitor

---

<sup>952</sup> Así las RDGRN de 28 de septiembre de 1995 en la que el padre había abandonado el domicilio familiar y de 8 de septiembre de 2001 en la que existían antecedentes de actitudes violentas y amenazas del padre.

<sup>953</sup> Así en la RDGRN de 6 de noviembre de 2001 había una separación judicial de los padres que compartían el ejercicio de la patria potestad mientras que en la RDGRN de 22 de enero de 1992 hay una separación de hecho en la que la patria potestad se ejercía por la madre. Sin embargo, en ambos casos se consideró que no podía actuar ningún progenitor con la oposición del otro.

manifestando su oposición pues ello es en última instancia contrario al interés del menor<sup>954</sup>.

En cualquier caso, sigue sin resolverse qué sucede cuando existe desacuerdo entre los padres y en cambio deben actuar conjuntamente lo cual, si bien no tiene consecuencias graves en el caso de la modificación del nombre, sí las tiene en el caso de su imposición por cuanto afecta al derecho del menor a que le sea asignado un nombre que respete su dignidad y que cumpla una función identificadora. Por ello, creemos que en caso de desacuerdo deberá acudir a la regla del art. 156.2 CC que dice que, cuando no exista consenso entre los titulares de la patria potestad acerca de la resolución de un tema relacionado con su ejercicio, podrá cualquiera de los progenitores acudir al juez el cual, tras escuchar al hijo si tuviera suficiente madurez y en todo caso si tuviera más de doce años, atribuirá la facultad de decisión al padre o a la madre y en similares términos se manifiesta el art. 138.1 CF<sup>955</sup>.

La audiencia al menor será especialmente útil en aquéllos casos en que se pretenda modificar el nombre por cuanto es la que determinará el grado de identificación personal del menor con un nombre u otro por lo que se convertirá en el criterio básico para que el juez tome la decisión. Además, debe tenerse en cuenta que para averiguar el grado de identificación psicológica del menor es suficiente que el menor tenga madurez para mantener una conversación coherente con él acerca de la conveniencia de modificar el nombre o no y esta capacidad se da a muy corta edad.

Sin embargo, en los casos en que el desacuerdo se produce en relación a la elección del nombre del menor es evidente que el recurso de la audiencia del menor no es factible en cuyo caso el juez habrá de decidir según su leal saber y

---

<sup>954</sup> Este y no otro es el criterio de la Dirección General de Registros y del Notariado que en resolución de 8 de septiembre de 2001 niega que el padre tenga preferencia sobre la madre en la imposición del nombre al menor en base al art. 43 LRC pues este precepto se limita a enumerar las personas que están obligadas a promover la inscripción de nacimiento sin establecer ninguna jerarquía entre ellas.

<sup>955</sup> En el derecho catalán, sin embargo, se permite que antes de recurrir a la intervención judicial, sean dos parientes escogidos de forma consensuada por los padres quienes tomen la decisión sobre la que existe desacuerdo (art. 138.2 CF).

entender con la vaguedad que ello implica. Además, el art. 193.2 RRC dice que si no se expresa el nombre o éste es inadmisibile, pasados tres días “se procederá a la inscripción del nacimiento imponiéndose el nombre por el encargado” lo cual induce a pensar que, en caso de desacuerdo entre los padres, acabará decidiendo el nombre el juez encargado del Registro Civil.

### **3. LOS APELLIDOS.**

#### **3.1. Atribución de los apellidos.**

El sistema español de imposición de los apellidos parte, como norma general de la imposición del paterno en primer lugar y seguidamente del materno pues está muy arraigada en la sociedad española la idea de que el hijo debe conservar el apellido de ambos progenitores<sup>956</sup>.

Estamos ante una cuestión de orden público por lo que la ley regula cuáles deben ser los apellidos y en qué orden deben aparecer de manera que éstos aporten determinados datos identificativos acerca de la procedencia familiar por línea paterna y materna. Por otra parte estamos también ante una forma de identificación familiar pues la adquisición del apellido paterno y del materno comporta el conocimiento e identificación con los propios orígenes filiales. Por ello, esa forma de identificación familiar redundante en interés del menor y su finalidad última debe ser la consecución del libre desarrollo de la personalidad.

Ahora bien, en la medida en que la atribución de los apellidos de los progenitores persigue en último término el desarrollo de la personalidad del individuo, en ocasiones, para proteger ese fin es preciso establecer limitaciones a esta regla general. Es posible que la aplicación de esa regla perjudique el libre desarrollo de la personalidad o un derecho fundamental en cuyo caso aquella deberá ceder en favor de la solución más favorable a la persona. Ello es especialmente relevante durante la minoría de edad pues es durante esta etapa

---

<sup>956</sup> Probablemente la conservación del apellido materno sea reflejo de determinadas sociedades matriarcales que habitaron en la península. Así, PITA MERCÉ, R.; “Evolución del nombre personal en la antigüedad española”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1961, nº 511, pág. 4 donde dice que la “persistencia del apellido materno, como segundo apellido en el sistema actual del nombre de persona español, ha sido tenido por un indicio de un fondo matriarcal muy antiguo, (...). Este sistema del nombre materno, predominante sobre el paterno, hay que tenerlo por dominante y principal entre los cántabros antiguos”.

cuando la persona, en la medida en que está en un proceso de formación de la personalidad, puede ser más sensible a esta cuestión.

Por otra parte, el orden público está cediendo cada vez más en favor de la autonomía de la voluntad con la finalidad de conseguir la igualdad entre padres, el interés del menor, el libre desarrollo de su personalidad,...

Todo ello se pone de manifiesto en las reglas sobre determinación o imposición de los apellidos que seguidamente se analizan.

*1. Filiación determinada respecto de ambos progenitores.*

El art. 109 CC establece que si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido antes de la inscripción registral<sup>957</sup> pero si no se ejerce esta opción se estará a lo que diga la ley. La ley a que se refiere el art. 109 CC es la legislación registral de cuyos arts. 53 LRC y 194.1 RRC se desprende que el primer apellido del hijo será el primero del padre y el segundo apellido será el primero de la madre. Es ésta una previsión claramente discriminatoria para la mujer en la medida en que da preferencia en el orden al apellido paterno. Por ello, en la reforma del Derecho de Familia de 1981, pese a que no se modificó tal previsión porque nadie lo solicitó en la tramitación parlamentaria, se prefirió no introducir directamente esta norma en el CC sino hacer una remisión a la legislación registral<sup>958</sup>. En cualquier caso para mitigar los efectos discriminatorios de tal previsión se introdujo la posibilidad de que el hijo mayor de edad invirtiera el orden de sus apellidos, matiz que, aunque se ha dado en la práctica, no es frecuente por cuanto cuando el hijo llega a la mayoría de edad es ya conocido social y oficialmente por el orden de apellidos determinado en la ley<sup>959</sup>.

---

<sup>957</sup> Tal posibilidad fue introducida por la ley 40/1999 de 5 de noviembre.

<sup>958</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.; *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Vol. I, Madrid, 1984, pág. 810.

<sup>959</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.; *Op. Cit.*, pág. 812.

Por ello, en la reforma del CC por la ley 40/1999 se introdujo la posibilidad de que fueran los padres quienes acordaran el orden de los apellidos en el momento de la inscripción del nacimiento. La Disposición Transitoria de la ley prevé que si en el momento de su entrada en vigor existen hijos menores de edad se podrá invertir el orden de sus apellidos pero deberá tenerse en cuenta su opinión si tienen suficiente juicio. Sin duda esta regla es mucho más respetuosa con los derechos de la personalidad del menor que la filosofía que impregna muchos de los preceptos relativos al derecho al nombre. Por su parte, la Disposición Transitoria única del Real Decreto 193/2000, de 11 de febrero<sup>960</sup> establece que “si en el momento de entrar en vigor la Ley 40/1999 de 5 de noviembre, los padres tuvieran hijos menores de edad de un mismo vínculo podrán, de común acuerdo, decidir la anteposición del apellido materno para todos los hermanos. Si tales hijos menores de edad hubieran cumplido los doce años, la alteración del orden de sus apellidos requerirá su audiencia y aprobación en expediente registral de la competencia del Ministerio de Justicia”. Creemos, sin embargo, que el criterio de los 12 años debe ser meramente orientativo y de mínimos y entender que, aunque el menor no alcance esa edad, deberá ser oído si tiene suficiente juicio pues así se desprende de los arts. 159.2 CC y 134.3 CF que establecen que deberá oírse siempre al menor con doce años o más y de forma potestativa en función de su madurez al menor que no alcance dicha edad.

La posibilidad de invertir el orden de los apellidos puede causar alguna confusión inicial en la medida en que es cierto que la deducción de cuál es el apellido paterno y cuál es el materno ya no puede derivarse automáticamente del orden que guarden<sup>961</sup>. Sin embargo, está plenamente justificada<sup>962</sup> porque por una parte permite la conservación de determinados apellidos familiares que, de otra

---

<sup>960</sup> BOE núm. 49 del día 26 de febrero de 2000

<sup>961</sup> MARTÍNEZ CALCERRADA, L.; *Op. Cit.*, pág. 1103 y SOTO NIETO, F.; *Op. Cit.*, pág. 920-921 que afirma que con “los apellidos en danza, indudablemente se oscurecen los ligámenes familiares, no bastando la mera contemplación del nombre para efectuar con certeza asignaciones de parentesco”.

<sup>962</sup> Se manifiesta contrario a esta posibilidad DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo III, Vol. 1º, Madrid, 2000, pág. 53 porque considera que atribuir en primer lugar el apellido paterno y luego el materno es una costumbre plenamente arraigada en la sociedad española lo cual, si bien no deja de ser cierto, no debe ser obstáculo, según creemos, para compatibilizar las costumbres a los valores constitucionales.

forma se perderían<sup>963</sup>, y por otra, su finalidad es equiparar realmente a los cónyuges sin que la atribución del orden de los apellidos pueda comportar ninguna discriminación entre ellos<sup>964</sup>. Esta equiparación deriva de la exigencia constitucional del principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE y del principio de no discriminación entre cónyuges recogido en el art. 32 CE, principios que el Estado debe garantizar según establece el art. 9.2 CE.

En cualquier caso, se ha criticado este artículo porque la equiparación no es absoluta<sup>965</sup> en la medida en que la inversión del orden de los apellidos depende de que efectivamente los progenitores lleguen a un acuerdo o de la voluntad del hijo mayor de edad<sup>966</sup>. Si los progenitores no ejercen esta opción o si llegan a un acuerdo no parece existir ningún problema. En el primer caso, se impondrá el orden establecido legalmente pues los progenitores nada pactan al respecto. En el segundo, los padres llegan al acuerdo de que se invertirá el orden legal de apellidos quedando en primer lugar el materno y posteriormente el paterno.

El conflicto aparece cuando los padres discuten acerca del orden que deben ocupar los apellidos del hijo pero no llegan a un acuerdo. En este caso remitir la solución a lo previsto legalmente equivale a otorgar un derecho de veto paterno en la determinación del orden de los apellidos y ello sería contrario a la

---

<sup>963</sup> SOTO NIETO, F.; *Op. Cit.*, pág. 921 apunta con razón que con este precepto también se consigue conservar el apellido familiar cuando la descendencia es sólo femenina puesto que, en otro caso, aquél se extinguiría. También así, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P.; "Régimen jurídico de los apellidos en derecho español y su incidencia sobre el principio de no discriminación por razón de sexo", en *Revista General del Derecho*, 1998, nº 646-647, pág. 8862.

<sup>964</sup> Así, LINACERO DE LA FUENTE, M.; *Op. Cit.*, pág. 159-160, SOTO NIETO, F.; *Op. Cit.*, pág. 918-921, CREMADES GARCÍA, P.-SAURA ALBERDI, B.-TUR AUSINA, R.; "La alteración en el orden de los apellidos. aspectos constitucionales y civiles de una reforma legislativa", en *Revista General del Derecho*, 2000, nº 672, págs. 10839-10842 y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.; *Op. Cit.*, pág. 810. En contra de tal medida MARTÍNEZ CALCERRADA, L.; *Op. Cit.*, pág. 1102-1104 porque sostiene este autor que este precepto comporta excesivos riesgos.

<sup>965</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.; *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid, 1984, pág. 812.

<sup>966</sup> No cabe duda de que ha sido muy favorable a la misma la posibilidad que introduce la ley 40/1999 de 5 de noviembre de invertir el orden normal de los apellidos si los padres están de acuerdo pues anteriormente ello sólo era posible cuando manifestaba su voluntad de hacerlo el hijo mayor de edad.

finalidad de la norma<sup>967</sup>. Por ello, se ha apuntado la posibilidad de acudir a los tribunales para que sean éstos quienes decidan en base al art. 156.2 CC, bien en base a un procedimiento registral creado *ad hoc*<sup>968</sup>.

Sin duda es preferible la determinación judicial del orden que deben ocupar los apellidos que permitir el derecho solapado de veto pero con ello se plantea, sin embargo, un segundo problema y es en base a qué criterios debería decidir el juez dicho orden. Se ha apuntado que podría atenderse al orden alfabético<sup>969</sup> pero también podría estarse a criterios de originalidad del apellido en la medida en que ésta conlleva una mayor carga identificativa que otros apellidos más frecuentes por lo que cumpliría mejor la función identificadora. También podría tenerse en cuenta la conveniencia de conservar un apellido familiar que de otra forma se perdería. Y, en general, cualquier otro criterio que el juez estimara conveniente. Incluso podría establecerse el orden legalmente determinado como reflejo de las costumbres si ningún otro criterio permitiera decidir en un sentido u otro. En cualquier caso, el objetivo último debe ser que la posibilidad de invertir el orden de los apellidos no perjudique al menor por lo que la idea general que debe primar en la decisión judicial debe ser el interés del menor, esto es, el respeto de sus derechos fundamentales y el libre desarrollo de su personalidad.

Por otra parte, debe estudiarse aquí qué sucede en los casos de fecundación asistida *post mortem* o adopción *post mortem*. En efecto, en estos casos, en el momento del nacimiento o de la constitución de la adopción no existe la posibilidad de llegar a ningún acuerdo en relación al orden que deben ocupar los apellidos. ¿Debe ello interpretarse en el sentido de que se aplicará automáticamente el orden establecido legalmente? La respuesta debe ser aquí negativa.

---

<sup>967</sup> CREMADES GARCÍA, P.-SAURA ALBERDI, B.-TUR AUSINA, R.; *Op. cit.*, pág. 10847. Sin embargo, es pensable que, en supuestos muy concretos, el derecho de veto se invierta en cierta medida. Piénsese en el supuesto de adopción del hijo del cónyuge en el cual la adopción no puede tener lugar sin el asentimiento del cónyuge. En el caso de que el cónyuge progenitor biológico sea la madre, ésta puede condicionar el asentimiento a la adopción a que se imponga al hijo en primer lugar su apellido y sólo después el apellido del padre adoptivo.

<sup>968</sup> CREMADES GARCÍA, P.-SAURA ALBERDI, B.-TUR AUSINA, R.; *Op. cit.*, pág. 10852-10855.

<sup>969</sup> LARA AGUADO, A.; *Op. Cit.*,..., pág. 57.

En el supuesto de la fecundación asistida *post mortem* debe tenerse en cuenta que el art. 9.2 de la Ley de técnicas de reproducción asistida y el art. 92 CF exigen una serie de requisitos para que ésta pueda ser llevada a cabo<sup>970</sup> entre los que destaca la necesidad de que conste de forma expresa la voluntad del marido de que se realice la fecundación asistida *post mortem*. Por ello, adquiere especial relevancia, a los efectos que aquí interesan, el documento en el que consta el consentimiento porque junto a la declaración de voluntad de que determinada mujer sea fecundada con su semen posteriormente a su muerte, es posible que exista previsión respecto del orden de sus apellidos. En el supuesto de que estemos ante un testamento, lógicamente se tratará de una declaración de voluntad unilateral por lo que la madre podrá estar de acuerdo con el orden establecido por el padre o no. En caso de estar ante una escritura pública podríamos estar ante una declaración unilateral del varón o bien ante un verdadero acuerdo de los futuros progenitores si constan las declaraciones de voluntad de ambos en relación al tema de los apellidos. Sólo si estamos ante un verdadero acuerdo de voluntades deberá estarse al orden determinado en el documento público. En caso de tratarse de una declaración de voluntad unilateral del varón habrá que estar a la opinión que merezca a la madre el orden establecido pues si ésta no está de acuerdo podrá acudir a la determinación judicial de igual forma que sucede cuando los progenitores discrepan en vida.

En la mayoría de los casos nada se habrá previsto al respecto por lo que si la madre nada objeta se asignará el orden legal de apellidos. Pero si aquélla reclama un orden diferente, deberá acudir a los tribunales para que lo determinen. En efecto, si ello se permite cuando el padre se opone de forma expresa a la inversión del orden legal, con mayor razón deberá aceptarse aquí donde no hay manifestación en sentido alguno por lo que es pensable que el marido se hubiera opuesto a la inversión pero también lo es que hubiera estado

---

<sup>970</sup> En el régimen de la ley de técnicas de reproducción asistida se establece que es preciso que el varón haya consentido la inseminación *post mortem* en testamento o en escritura pública y que la fecundación se realice durante los seis meses siguientes a su fallecimiento. En el art. 92 CF se exige que conste fehacientemente la voluntad expresa del marido de que se efectúe la inseminación *post mortem*, que ésta se limite a un solo caso y que el plazo de inseminación se limite a doscientos setenta días, prorrogables hasta noventa días más, después de la muerte del marido.



de acuerdo con ella. No parece, sin embargo, que deba permitirse a la madre decidir libremente la inversión de los apellidos pues no consta la oposición del padre pero tampoco su aprobación. El juez, en estos casos de fecundación *post mortem*, deberá tener en cuenta los criterios anteriormente enunciados así como la especial circunstancia de que el padre ha fallecido y el hijo va a convivir únicamente con la madre por lo que con ella va a tener mayores lazos afectivos.

Solución similar debe darse en el caso de la adopción póstuma. El art. 176.3 CC contempla de forma expresa que, en relación a la adopción del pariente huérfano, del hijo del cónyuge, o bien del menor que se haya tenido en tutela o acogimiento preadoptivo durante al menos un año, la adopción podrá constituirse con posterioridad al fallecimiento del adoptante cuando éste hubiera prestado su consentimiento ante el juez<sup>971</sup>. Cuando la adopción póstuma es conjunta puede aparecer el problema de determinar cuál debe ser el orden de los apellidos.

Si el adoptante que ha fallecido manifestó de forma expresa su opinión respecto del orden de los apellidos y ésta no coincide con la de la madre adoptiva, será el juez quien tome la decisión<sup>972</sup>. Lo mismo sucede si nada se ha pactado al respecto antes de la muerte del adoptante y la madre pretende invertir el orden legalmente determinado.

---

<sup>971</sup> La ley 21/87 de reforma de la adopción acaba con la tradicional discusión acerca de la posibilidad o no de admitir la figura de la adopción póstuma. En efecto, vigente la legislación de 1970, cierto sector doctrinal defendía que, al ser la adopción un negocio jurídico, no quedaba aquella constituida hasta que se elevaba a escritura pública por lo que si el adoptante moría antes de firmarla las actuaciones llevadas a cabo con anterioridad eran trámites previos sin ningún valor. Así se manifestaba CASTRO LUCINI; "Algunas consideraciones sobre los requisitos de la adopción: III. Forma o procedimiento", en *Anuario de Derecho Civil*, 1970, pág. 295. A favor de esta tesis el Preámbulo de la Ley de 4 de julio de 1970 que establecía como imprescindible para la constitución de la adopción la declaración de voluntad, la autorización judicial y el otorgamiento de escritura pública. Otro sector entendía que la escritura pública no tenía valor constitutivo por lo que si iniciados los trámites de adopción un adoptante fallecía sin haber firmado la escritura no había obstáculo para entender que aquella quedaba constituida. Así, MORENO FLÓREZ, R.M.; "La adopción póstuma", en *La Ley*, 1982-3, pág. 695. Actualmente la ley no deja lugar a la duda pues en su Preámbulo ya avanza que la adopción "no es un simple negocio jurídico privado entre el adoptante y los progenitores por naturaleza" y en el art. 176.1 establece que la adopción se constituye por resolución judicial para recoger de forma expresa en el apartado tercero del mismo artículo la posibilidad de constituir adopción póstuma. En el ordenamiento jurídico catalán el *Codi de Família* recoge también la adopción póstuma en su art. 117.3.

<sup>972</sup> Lo normal será que nada se prevea al respecto puesto que el consentimiento se presta en relación a la adopción. Pero piénsese que en el ordenamiento catalán (art. 117.3 CF) se permite que se haya prestado el consentimiento a la adopción no sólo ante el juez sino también en testamento, codicilo o escritura pública y si se toma la precaución de consentir la adopción de esta forma, es pensable que también se prevea, en su caso, el orden de los apellidos.

2. *Filiación determinada respecto de sólo un progenitor* (art. 55.2 LRC y 198 RRC).

La nueva redacción del art. 55.2 LRC establece que en los supuestos de nacimiento con sólo una filiación reconocida el hijo adquiere los apellidos del progenitor en el orden que éste determine en el momento de la inscripción. Podrán solicitar la inversión de los apellidos el progenitor conocido o el propio hijo cuando alcance la mayoría de edad.

Actualmente no se diferencia la situación en la que la filiación conocida es la paterna de aquélla en que la filiación conocida es la materna lo cual causa cierta sorpresa. En efecto, antes de la reforma de 1999 la ley establecía esta posibilidad sólo para el caso de que la filiación conocida fuera la materna pero no para el caso contrario. La finalidad de aquella previsión era claramente la de ocultar el origen extramatrimonial del hijo en aras a la protección del menor pues históricamente la procedencia extramatrimonial de la filiación ha sido considerada como una lacra social y jurídica<sup>973</sup>. De ahí que la doctrina fuera unánime en aceptar y sostener que la inversión de los apellidos no tenía sentido, y por ello no la recogía la ley, en los casos de filiación paterna<sup>974</sup>.

Sin embargo, en la actualidad la filiación extramatrimonial está plenamente normalizada tanto en el ámbito jurídico como social. Desde el punto de vista jurídico, el art. 39 CE en sus apartados 2 y 3 establece la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación y la obligación de los padres de proteger a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio. Como consecuencia de ello la ley 11/1981 de 13 de mayo de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial establece una absoluta equiparación de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales en el ámbito civil. También el Código de familia catalán equipara la filiación natural y la adoptiva en

---

<sup>973</sup> DÍEZ GÓMEZ, A.; "El nombre de las personas en el Derecho español", en *Revista Jurídica del Notariado*, 1993, julio-septiembre, pág. 93, LINACERO DE LA FUENTE, M.; *Op. Cit.*, pág. 115 y SCALS PELLICER, J., *Op. Cit.*, págs. 373.

<sup>974</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M.; *Op. Cit.*, pág. 115 y en profundidad SCALS PELLICER, J., *Op. Cit.*, págs. 373.

sus arts. 113 y 127. Por otra parte, a nivel social esta situación se ha incorporado cada vez más a la normalidad<sup>975</sup> sobre todo teniendo en cuenta que actualmente, que el primer apellido sea el materno, no siempre es consecuencia de la falta de determinación de la filiación paterna sino que puede ser fruto de la posibilidad de invertir los apellidos en base al art. 109 CC<sup>976</sup>.

Por ello, lo lógico hubiera sido suprimir la posibilidad de invertir los apellidos cuando se conoce sólo la filiación materna. Pero la ley 4/1999 no sólo no suprime esta posibilidad sino que la amplía a los supuestos de filiación paterna. Ello podría interpretarse como la búsqueda de la igualdad hasta el punto de contrariar la propia finalidad de la norma pero no lo es. Lo que la nueva redacción del art. 54 LRC persigue es la igualdad pero no entre casos de filiación conocida paterna o materna sino entre hijos de filiación determinada respecto de ambos progenitores e hijos con sólo una filiación determinada. En efecto, el art. 109 CC permite que los padres de común acuerdo determinen el orden de los apellidos de sus hijos y permite que éstos al alcanzar la mayoría de edad puedan invertir el orden. Esta norma que nació persiguiendo la equiparación entre cónyuges tiene otra función y es la conservación del apellido familiar que, de permanecer en segundo lugar, se perdería. Probablemente es esta segunda función la que se pretende garantizar en el nuevo art. 54 LRC. Si antes de la reforma la finalidad de la inversión de los apellidos en la filiación determinada sólo respecto de la madre era ocultar el origen extramatrimonial de la filiación -razón por la cual no tenía sentido establecer igual medida en el caso de determinación de la filiación respecto del padre únicamente-, tras la reforma de 1999 la finalidad de la norma es conseguir la igualdad entre filiación determinada respecto de un progenitor y filiación determinada respecto de ambos. En conclusión, la finalidad del precepto no es ni ocultar el origen extramatrimonial del hijo ni la igualdad entre progenitores, pues aquí sólo uno está determinado, sino la equiparación entre la filiación determinada respecto de ambos progenitores y la filiación determinada respecto sólo un de ellos. El art. 54 LRC hace de forma específica para la filiación

---

<sup>975</sup> En contra, LINACERO DE LA FUENTE, M.; *Op. Cit.*, pág. 115 que consideraría justificado un trato diferente en este caso.

<sup>976</sup> SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P.; *Op. Cit.*, pág. 8857-8858.

determinada respecto de solo un progenitor una previsión equivalente a la que hace el art. 109 CC de forma general.

### *3. Filiación desconocida.*

El art. 55.5 LRC establece que en caso de desconocerse la filiación de un recién nacido el juez encargado del Registro Civil le asignará un nombre y dos apellidos de uso corriente. Ello responde a la voluntad del legislador de que toda persona tenga nombres y apellidos para respetar así su derecho a la identidad. Lo que no dice la ley es bajo qué criterios se elegirá un nombre y apellidos y no otros. En cualquier caso, apellidos de uso corriente no necesariamente debe entenderse en el sentido de ordinarios o vulgares<sup>977</sup> sino que bastará con que sean respetuosos con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad y que cumplan la función identificadora del nombre.

Aquí lógicamente los apellidos no cumplirán una función de identificación familiar pues no responden a la filiación pero evitan que el individuo no se sienta marginado en relación a una costumbre social y ello le provoque cierto desarraigo.

El art. 196 RRC sí aclara que no podrá asignarse el apellido Expósito o cualquier otro indicador del origen desconocido de su filiación. En efecto, la ley está aquí protegiendo la intimidad del menor de edad al impedir que se le impongan unos apellidos que revelen datos que corresponden a su vida privada y que de conocerse podrían llegar a afectar negativamente, especialmente en la época de la infancia, el libre y pleno desarrollo de su personalidad.

### *4. Supuestos especiales.*

El hijo no ostentará el apellido del padre salvo si lo solicita él o su representante legal cuando el otro progenitor haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación por sentencia penal firme o cuando la filiación haya sido determinada judicialmente contra la voluntad del padre (art. 111 CC).

---

<sup>977</sup> DÍEZ GÓMEZ, A.; *Op. Cit.*, pág. 94.

Esta regla ha recibido críticas entre la doctrina<sup>978</sup>. Es cierto que en determinados delitos que pueden tener como consecuencia un embarazo, como el estupro, la adquisición del apellido del padre revelaría las circunstancias en que se ha desencadenado la paternidad y ello implicaría un atentado contra la intimidad del menor y el conocimiento de una circunstancia familiar desestabilizadora no siempre fácil de asimilar a determinadas edades. De ahí que en este caso, la no adquisición del apellido paterno persigue la consecución del interés del menor. Sin embargo, tal regla no se justifica en otros delitos de los que puede derivar también un embarazo ni, por supuesto en el caso de oposición paterna a la reclamación de paternidad puesto que, con ello, ni se respeta el principio de veracidad biológica, ni se persigue el interés del menor ni tampoco se consigue el efecto sancionador que parece perseguir el precepto<sup>979</sup> pues los apellidos no constituyen, en puridad de conceptos, un derecho<sup>980</sup>. Además, como se ha puesto de relieve<sup>981</sup>, no deja de ser curioso que la ley establezca que, cuando se reclame la paternidad y ésta sea reconocida por los tribunales, la regla general sea la no adquisición del apellido paterno.

Parece mejor solución la del art. 114 del *Codi de Família* donde se establece que si lo solicita el hijo mayor de edad o emancipado o bien su representante legal, los efectos de la filiación se limitarán a su determinación cuando el progenitor haya sido condenado por delito relacionado con la generación, cuando la filiación se haya declarado con oposición del progenitor o cuando el reconocimiento del hijo se haya hecho con mala fe o abuso de derecho. Por tanto, en derecho catalán se fija la norma inversa, es decir, la regla general es la adquisición del apellido paterno y sólo excepcionalmente, mediando solicitud, lo

---

<sup>978</sup> Así, MARTÍNEZ CALCERRADA, L.; *Op. Cit.*, pág. 1104 que sostiene que hubiera sido preferible establecer como regla general la adquisición del apellido paterno y como excepción su privación.

<sup>979</sup> Con la previsión del art. 111 CC se pretende que el individuo que no quiere reconocer una paternidad que acaba probándose se haga responsable de las obligaciones derivadas de la patria potestad pero que no por ello obtenga los derechos derivados de ella, es decir, se persigue un efecto sancionador.

<sup>980</sup> GETE-ALONSO CALERA, M.C.- BLASCO GASCÓ, F.P.; *La nueva regulación de la filiación en el Derecho Catalán*, Valencia, 1992, pág. 89.

<sup>981</sup> Así, MARTÍNEZ CALCERRADA, L.; *Op. Cit.*, pág. 1104.

contrario. De esta forma, se protege el interés del menor y al mismo tiempo se respeta el principio de veracidad biológica<sup>982</sup>.

Debe plantearse aquí la cuestión de cuándo el menor tiene capacidad suficiente para solicitar por sí mismo la adquisición o no imposición, en función de si se aplica el régimen del CC o del CF, de los apellidos del progenitor cuya filiación ha sido determinada en esas condiciones. En relación al régimen del CC, dice su art. 111 en su párrafo segundo que “el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicita él mismo o su representante legal”. Una primera posibilidad sería interpretar que, puesto que estamos ante un derecho de la personalidad, debe aplicarse la regla del art. 162 CC y que, por tanto, el hijo menor con suficiente madurez puede solicitar por sí mismo que no se le asigne el apellido del progenitor cuya filiación se ha determinado. Sin embargo, varios argumentos nos llevan a pensar que no es ésta la solución que debe darse al problema. En primer lugar, el párrafo tercero del art. 111 CC dice que dejarán de surtir efecto las restricciones a los efectos de la filiación que impone el art. 111 CC, y, por tanto, hemos de entender que también las restricciones en relación al apellido, por determinación del representante legal aprobada judicialmente o por decisión del hijo cuando alcance la mayoría de edad por lo que parece que se niega la posibilidad de actuar al hijo menor de edad. Por otra parte, en otras ocasiones en que el legislador se manifiesta sobre la capacidad necesaria para modificar los apellidos también se inclina por la mayoría de edad como sucede en el art. 109 CC para invertir el orden de los apellidos. Parece que, en definitiva, el legislador considera poco oportuno permitir actuar al menor aunque tenga madurez por entender que durante la minoría de edad el menor es más influenciado por sus progenitores de manera que éstos pueden interferir en la decisión que tome. En consecuencia, debe interpretarse el art. 111 CC en el sentido de que la regla general será que no se asignará al hijo el apellido del progenitor cuya filiación se ha determinado en estas especiales circunstancias

---

<sup>982</sup> Así GETE-ALONSO CALERA, M.C.; *Comentaris al Codi de Família, la llei d'unions estables de parella i a la llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid, 2000, pág. 521 donde afirma: “D'aquesta forma, oferint l'oportunitat de, en cada cas concret, limitar o no, segons el cas els efectes de la determinació de la filiació, el respecte al principi de veracitat biològica es coordina amb el de protecció del fill” y en igual sentido en GETE-ALONSO CALERA, M.C.- BLASCO GASCÓ, F.P.; *Op. Cit.*, pág. 91.

salvo que lo solicite su representante legal durante su minoría o él mismo cuando alcance la mayoría de edad<sup>983</sup>.

En relación al régimen del derecho catalán, el art. 114 CF dice que se asignará el apellido del progenitor cuya filiación se ha determinado en esas especiales circunstancias salvo que lo soliciten los hijos mayores de edad o emancipados o su representante legal. La letra de la ley es aquí clara por lo que no cabe interpretar que se aplica la regla de la madurez del art. 155 CF sino que es evidente que para que el menor pueda actuar por sí mismo es preciso que sea mayor de edad o esté emancipado. Encontramos, por tanto, una mayor flexibilidad que en el régimen del CC pues la referencia a la posibilidad de actuar del menor emancipado conlleva que el menor podrá actuar desde los dieciséis años o incluso desde los catorce años si estamos ante una emancipación por matrimonio.

Cuando el hijo no pueda solicitar por sí mismo la imposición o no del apellido del progenitor en cuestión por no tener la capacidad requerida será su representante legal quien lo haga. Cuando actúan los representantes legales del menor de edad lo hacen en ejercicio de la patria potestad por lo que deberán actuar en beneficio del menor y respetando su personalidad según establece el art. 154 CC y el art. 133.1 CF. Es decir, no basta que la madre solicite la imposición o no del apellido paterno sino que es preciso, en la medida en que es titular de la patria potestad, que lo haga en interés del menor.

Para que el representante legal pueda imponer al menor de edad el apellido del otro progenitor, o impedirlo en derecho catalán, no basta una mera solicitud ante el juez encargado del Registro Civil<sup>984</sup>. En efecto, el representante deberá justificar que su actuación redunde en interés del menor por lo que el encargado del Registro Civil no debería permitir la imposición del apellido del progenitor cuando ello pueda perjudicar al interés del menor. Así sucedería al

---

<sup>983</sup> Así también, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.; *Op. Cit.*, pág. 824 pues dice que los problemas que plantea este precepto “tendrán a falta de normativa especial, solución similar a la opción que establece el art. 109” y debe recordarse que tal artículo sólo permite que el hijo modifique el orden de los apellidos cuando alcance la mayoría de edad.

<sup>984</sup> En contra LINACERO DE LA FUENTE, M.; *Op. Cit.*, pág.118 y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.; *Op. Cit.*, pág. 824.

modificar los apellidos por determinación de la filiación cuando ello se produjera en una edad en la que ya existe una identificación psicológica entre el menor y los apellidos. En la mayoría de casos, sin embargo, la adquisición del apellido paterno podría redundar en beneficio del menor porque, qué duda cabe que la situación más favorable para el menor es tener una relación lo más normalizada posible con sus dos progenitores.

Por otra parte, debe recordarse que el art. 154 CC establece que si el menor tiene suficiente madurez, deberá ser escuchado cuando se tomen decisiones que le afecten. En igual sentido el art. 133.2 CF que afirma que los padres deberán escuchar a los hijos cuando tomen decisiones que les afecten y el art. 134.3 CF que dice que la autoridad judicial deberá escuchar al hijo de doce años o al de menos de doce si tiene suficiente madurez antes de dictar resoluciones que le afecten. También el art. 9 de la ley orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor establece que el menor tiene derecho a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento judicial o administrativo en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que le afecte a su esfera personal, familiar o social. No debe confundirse la madurez exigida en los arts. 162 CC y 155 CF para ejercer por sí mismo los derechos de la personalidad con la madurez exigida para ser escuchado pues ésta se adquiere a una edad mucho más temprana. Es pensable que el menor no tenga madurez para tomar decisiones por sí mismo pero que sí tenga suficiente capacidad para entender y opinar sobre una determinada situación. Un criterio muy útil es el que establece el art. 134.3 CF al decir que por encima de los doce años deberá darse audiencia al menor siempre mientras que por debajo de esa edad deberá oírse cuando tenga suficiente madurez. Así, cuando sea el representante legal quien solicite la adquisición del apellido paterno por el hijo, el Encargado del Registro Civil deberá escuchar al menor de edad que no tenga capacidad suficiente para actuar por sí mismo.

Cabe plantearse si el hijo menor de edad puede renunciar a la adquisición del apellido paterno cuando aquélla ha sido solicitada por el representante



legal<sup>985</sup>. Entran en conflicto aquí el orden público<sup>986</sup> y el libre desarrollo de la personalidad pues por una parte es preciso atender al principio de inmutabilidad de los apellidos porque una modificación constante de los mismos sería contraria a la propia función identificativa de los mismos pero por otra parte debe protegerse la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. Creemos que debe ponderarse aquí el orden público y la personalidad del menor y encontrar una solución que responda satisfactoriamente a ambas necesidades. Cuando el menor no tenga capacidad para actuar por sí mismo en esta cuestión lo hará su representante legal pero éste deberá actuar siempre en su beneficio y además el menor deberá ser oído por lo que de esta forma aunque éste no actúe directamente sus bienes jurídicos de la personalidad quedan respetados. Es cierto que cuando el menor no tenga madurez suficiente para ser oído la decisión se tomará sin que se tenga en cuenta su opinión pero tanto en este caso como cuando sí se le ha dado audiencia, siempre queda abierta la posibilidad de invertir el orden de los apellidos en base al art. 109 CC para atenuar así la relevancia del apellido asignado<sup>987</sup>.

### 3.2. Modificación de los apellidos.

Una vez han sido determinados los apellidos, cabe la posibilidad de que éstos sean modificados en determinadas circunstancias. En ocasiones, esta modificación opera por efecto de la ley<sup>988</sup> pero en la mayor parte de casos es preciso que el interesado en el cambio lo solicite bien ante el juez encargado del Registro Civil<sup>989</sup>, bien ante el Ministerio de Justicia<sup>990</sup>, bien mediante expediente gubernativo<sup>991</sup>.

---

<sup>985</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, F.; *Op. Cit.*, pág. 824 niega tal posibilidad y LINACERO DE LA FUENTE, M.; *Op. Cit.*, pág. 119 reflexiona diciendo que hay que ponderar el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la idea de orden público pero no se decanta por ninguna de estas dos posibilidades.

<sup>986</sup> Estamos ante una cuestión de orden público por lo que, salvo excepciones, no podrá actuar la autonomía de la voluntad. Así, Resolución de la DGRN de 2 de junio de 1990

<sup>987</sup> Hay que tener en cuenta que en la mayor parte de los casos la filiación determinada en estas situaciones especiales será la del padre por lo que su apellido ocupará la primera posición. Utilizando la posibilidad de invertir el orden se matiza la relevancia de dicho apellido.

<sup>988</sup> Los arts. 61 LRC y 204 RRC establecen que el cambio de los apellidos por adopción o por expediente gubernativo alcanza a los hijos sujetos a patria potestad.

De todas las posibles modificaciones de los apellidos merecen especial consideración, a los efectos que aquí interesan, las siguientes:

---

<sup>989</sup> El art. 109 CC permite al mayor de edad invertir el orden de sus apellidos mediante la mera solicitud ante el encargado del Registro Civil. Por su parte, el art. 195 RRC permite que, a petición del propio interesado, se anteponga la partícula “de” al apellido cuando éste fuere usualmente nombre propio o empezare por tal. La finalidad de esta norma es garantizar la función identificadora del nombre facilitando la diferenciación entre el nombre propio y el apellido. Por ello, cuando el menor de edad tenga suficiente madurez podrá solicitar por sí mismo la anteposición de la partícula “de” en aplicación del art. 162.1 CC. Sólo en el caso de que un menor de edad no tenga suficiente madurez para tomar tal decisión podrán sus representantes ejercer esta facultad en la medida en que con ella se evita la confusión entre nombre y apellido. Se trata, por tanto, de una acto en interés del menor. En este caso, sin embargo, será preceptiva la audiencia al menor en la medida en que es una decisión que le afecta directamente.

<sup>990</sup> Los arts. 57, 58.1, 59.3 LRC y 205 RRC establecen que, cuando el apellido en la forma propuesta constituya una situación de hecho no creada por el interesado, provenga de la línea correspondiente al apellido que se trata de alterar y pertenezcan legítimamente al peticionario, el Ministerio de Justicia, previo expediente podrá autorizar el cambio de apellidos. No será necesario, sin embargo, el primer requisito cuando el apellido sea contrario al decoro, ocasione graves perjuicios o para evitar la desaparición de un apellido español. En este caso, los padres podrán instar el cambio cuando el hijo menor de edad no tenga suficiente capacidad de juicio siempre que con ello se persiga el interés del menor y éste podrá hacerlo por sí mismo cuando el cambio de apellido afecte a su dignidad y a su personalidad en cumplimiento del art. 162.1 CC.

<sup>991</sup> La modificación de los apellidos por expediente gubernativo ante el juez de primera instancia o por el Ministerio de Justicia (arts. 59 LRC, 209, 211 y 212 RRC). Nada dice la ley respecto de en qué momento puede ejercitarse la facultad de solicitar dicha modificación. Por ello, en la medida en que estamos ante un derecho de la personalidad podrá solicitar la modificación el menor de edad con suficiente madurez de juicio. En caso de que no tenga capacidad natural, podrán los representantes legales instar el cambio en la medida en que éste persigue la protección de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad o bien la consecución de la función identificadora del apellido.

De esta forma es posible la modificación del apellido Expósito o cualquier otro que indique filiación de origen desconocido. La finalidad de la norma es proteger la intimidad de la persona evitando que se conozca un dato de su vida privada. Actualmente ya no podría imponerse este apellido al recién nacido de filiación desconocida por ser contrario a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad y, en consecuencia, no estar permitido por la normativa de atribución de apellidos. Sin embargo, se podría adquirir este apellido por filiación y en este caso por cuanto llevar tal nombre puede ser atentatorio de los valores del art. 10.1 CE debería permitirse su modificación conforme a los arts. 59.1 LRC, 209 y 211 RRC.

También es posible el cambio de apellido impuesto con infracción de normas. En la medida en que con ello puede perjudicarse a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad o impedirse la función identificadora e individualizadora del apellido, es posible modificar el apellido. Así lo establecen los arts. 59.2 LRC, 209.2 y 212.2 RRC.

También cabe la conservación de los apellidos cuando se determina tardíamente la filiación pues el art. 213 RRC permite que se conserven los apellidos que se venían usando en la medida en que ya existe una identificación psicológica y social respecto de ellos. Se protege una situación ya creada.

Y finalmente por esta vía puede solicitarse la adecuación gráfica a las lenguas españolas de la fonética del apellido extranjero. Así se establece en los arts. 59.5 LRC y 209.5 RRC. Ello cumple una clara función identificadora por cuanto facilita el reconocimiento del nombre especialmente cuando procede de lenguas como el chino o el árabe

### 3.2.1. Modificación de apellidos *ope legis*.

En determinados casos se produce el cambio de los apellidos por efecto de la ley. Sobre este tema, respecto de la capacidad del menor, probablemente convenga estudiar aquí el supuesto de modificación de los apellidos de los hijos sometidos a patria potestad por cambio de apellidos de los padres.

El art. 61 LRC establece que el cambio gubernativo de apellidos alcanza a los hijos sujetos a patria potestad y a los demás descendientes que lo consientan y el art. 204 RRC establece lo propio cuando la modificación de los apellidos del representante legal se produce por efectos de una adopción. Ahora bien, cabría plantearse qué efecto tendría la oposición de un hijo ante tal medida pues se produciría aquí una colisión entre el principio de unidad del apellido familiar y los apellidos como derecho de la personalidad en la cual debería primar la posibilidad de ejercicio del derecho por el menor cuando éste tenga suficiente madurez de juicio<sup>992</sup>.

En efecto, si el hijo es mayor de edad podrá solicitar o no la modificación de su apellido según se establece expresamente por la ley por lo que la cuestión queda al arbitrio de su voluntad. En cambio, si el hijo es menor de edad, creemos que debe estudiarse esta regla a la luz del art. 162 CC y del art. 155 CF y, en la medida en que las limitaciones de la capacidad de obrar deben interpretarse de forma restrictiva, concluir que, si el menor sometido a patria potestad tiene suficiente madurez de juicio, deberá permitirse que no opere la transmisión del nuevo apellido del representante si no media consentimiento del hijo. Ello tiene su fundamento en el hecho de que en este momento el menor puede haberse identificado con sus apellidos de manera que la modificación de los mismos puede ser contraria a su interés.

Sin embargo, no parece ser ésta la postura del legislador que habla de modificación automática del apellido de los hijos sujetos a patria potestad y sólo exige el consentimiento de los demás descendientes. En cualquier caso, debe

---

<sup>992</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M.; *Op. Cit.*, pág. 154.

señalarse que en esta ocasión la ley habla de hijos sujetos a patria potestad y no de hijos menores de edad por lo que entendemos que los hijos menores de edad emancipados conservarían su apellido salvo que consintieran expresamente su modificación.

Además, debe tenerse en cuenta que el ordenamiento jurídico prevé la preceptiva audiencia al menor en relación a las decisiones que le afecten cuando éste tuviera suficiente madurez de juicio (art. 154.3 CC, 133.2 y 134.3 CF y 9 ley orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor). Debe interpretarse la suficiente madurez en el sentido de que pueda mantenerse una conversación coherente con el menor y extraer de ella una serie de conclusiones pero no como suficiente capacidad natural porque en ese caso sería preciso el consentimiento del menor y no bastaría con una mera audiencia<sup>993</sup>. Por tanto, aunque el menor no tuviera suficiente capacidad como para tomar la decisión por sí mismo, seguiría siendo preceptivo informarle y oírle.

Finalmente, respecto de menores de muy corta edad o respecto de hijos futuros sí operarían de forma automática la adquisición del nuevo apellido del representante legal sin necesidad de informarle o escucharle por no darse los presupuestos suficientes para ello.

### **3.2.2. Alteración del orden de los apellidos.**

El art. 109 CC establece que si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido y que, en caso de que no se ejercite esta opción, se aplicará la norma general del art. 194 RRC, es decir, que el primer apellido será el primero del padre y el segundo el primero de la madre.

Una vez determinados los apellidos en el momento de inscribir el nacimiento, sólo podrá operar la inversión cuando el hijo mayor de edad manifieste su voluntad en tal sentido y ello, en la práctica, raramente se dará por

---

<sup>993</sup> En contra LINACERO DE LA FUENTE, M.; *Op. Cit.*, pág. 154 que asimila el supuesto del art 154.3 y el del art. 162.1 CC.

lo costoso que resulta variar el nombre oficial en todos los órdenes cuando ya se ha alcanzado la mayoría de edad<sup>994</sup>.

Por otra parte, estamos aquí ante una limitación legal de la posibilidad del menor de ejercer por sí mismo sus derechos de la personalidad. En efecto, el art. 162.1 CC establece que el menor de edad podrá ejercer sus derechos de la personalidad por sí mismo cuando tenga suficiente madurez y de conformidad con la leyes. Por tanto, hemos de deducir aquí que, aunque el menor de edad tenga suficiente capacidad natural, no podrá invertir el orden de sus apellidos porque el art. 109 CC le prohíbe hacerlo hasta que alcance la mayoría de edad. En cambio, en el derecho catalán el art. 113.2 CF establece que podrá invertir el orden de los apellidos el hijo mayor de edad pero también el hijo menor de edad emancipado lo cual reduce la edad para invertir el orden de los apellidos hasta los catorce años en el supuesto de emancipación por matrimonio. Como puede observarse existe una tendencia generalizada en derecho catalán a flexibilizar la entrada de la actuación del menor en relación a la modificación de sus apellidos pues aunque no se acepta la regla de la madurez de los arts. 162 CC y 155 CF, sí se permite la actuación del menor emancipado.

Estamos ante un derecho personalísimo del hijo mayor de edad, o emancipado en derecho catalán, de invertir el orden de sus apellidos con una mera declaración de voluntad y esa posibilidad no puede ejercerse durante la minoría de edad del hijo por sus representantes legales<sup>995</sup>. A salvo queda, sin embargo, como ya quedó expuesto *ut supra*, la posibilidad que ofrece a los padres la Disposición Transitoria de la ley 4/1999, a saber, adecuar a la nueva posibilidad legal el orden de los apellidos de los otros hijos que no pudieron ser invertidos por no estar en vigor todavía la ley en cuyo caso, si procede, deberá darse audiencia al menor.

Cabe plantearse si el hijo mayor de edad podrá invertir el orden de los apellidos si los padres han ejercido el derecho de opción que les concede el art.

---

<sup>994</sup> Reconocen esa dificultad SOTO NIETO, F.; *Op. Cit.*, pág. 919 y LINACERO DE LA FUENTE, M.; *Op. Cit.*, pág. 159.

<sup>995</sup> Así la Resolución de la DGRN de 5 de mayo de 1992.

109 CC. Es cierto que antes de la reforma, cuando sólo el hijo podía invertir el orden de los apellidos, se entendía de forma unánime que esta facultad podía ejercerse sólo por una vez<sup>996</sup>. Sin embargo, si bien antes de la reforma de 1999 la posibilidad de invertir el orden de los apellidos por parte del hijo era una forma de matizar los efectos contrarios a la igualdad entre progenitores que comportaba el orden legal de apellidos, tras la reforma este problema se ha solucionado al permitir la ley que los progenitores pacten el orden de los apellidos de sus hijos. Actualmente que el hijo mayor de edad pueda invertir sus apellidos no responde al principio de igualdad entre progenitores sino que obedece a la voluntad del legislador de que la persona se haga cargo en primera persona de su derecho al nombre. En efecto, si en un momento inicial, por la imposibilidad práctica de ejercicio por el menor, son los progenitores quienes eligen el orden de los apellidos, posteriormente el legislador permite que sea el individuo quien tome tal decisión, manteniendo la elección de sus progenitores o bien modificándola. De esta forma es posible que los padres decidieran invertir el orden legal de apellidos y posteriormente el hijo, llegada su mayoría de edad, decida adoptar el orden establecido en la legislación del Registro Civil o viceversa.

### **3.2.3. Modificación de los apellidos del adoptado.**

#### **3.2.3.1. Antecedentes.**

Desde la redacción original del CC hasta la actual existen varias reformas de la normativa sobre la adopción que han repercutido sobre la determinación de los apellidos del adoptando. En esta sucesión de reformas se observa una progresiva disminución de los vínculos con la familia de origen y un paralelo fortalecimiento del vínculo con la familia adoptiva<sup>997</sup> lo cual provoca una incidencia cada vez mayor del vínculo adoptivo en la modificación de los apellidos del adoptando<sup>998</sup>. Pueden diferenciarse tres etapas en relación a la regulación que ha hecho el CC sobre los apellidos del adoptando.

---

<sup>996</sup> Resolución de la DGRN de 2 junio 1990. También así, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.; *Op. Cit.*, pág. 815 y LINACERO DE LA FUENTE, M.; *Op. Cit.*, pág. 163-164.

<sup>997</sup> Sobre esta evolución MORENO QUESADA, B.; "La composición de intereses en la adopción durante la vigencia del Código Civil", en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, vol. 2, pág. 1526-1532.

<sup>998</sup> Así, LINACERO DE LA FUENTE, M.; *Op. Cit.*, pág. 148 y LUCES GIL, F.; *Op. Cit.*, pág. 175.

En la primera etapa, que va desde la redacción originaria del CC en 1889 hasta su modificación por la ley de 24 de abril de 1958, el art. 175 del CC establecía lo siguiente: “El adoptado podrá usar con el apellido de su familia, el del adoptante, expresándolo así en la escritura de adopción”. La primera observación que puede hacerse es que el uso de los apellidos de los adoptantes tenía carácter potestativo. La expresión “podrá usar” implicaba que el uso conjunto de apellidos no se daba si no se contemplaba así en la escritura de adopción porque la previsión legal no operaba de forma automática<sup>999</sup>. Tal circunstancia era consecuencia de la regulación que el CC hacía de la adopción pues establecía un muy limitado vínculo entre adoptante y adoptado -que prácticamente se reducía a la patria potestad, la obligación de alimentos y, de la forma estudiada, a los apellidos- y el paralelo mantenimiento del vínculo con la familia de origen que conllevaba que, aunque fuera posible adquirir los apellidos adoptivos, en ningún caso se perdieran los de origen<sup>1000</sup>.

En cualquier caso, el precepto planteaba dudas en relación a qué debía entenderse por “apellido de familia” y qué orden debían ocupar los apellidos originales y los adoptivos. Respecto de la primera cuestión debe entenderse que cuando el CC hablaba de apellidos de familia se refería no sólo al apellido paterno sino al del padre y de la madre<sup>1001</sup>. Por ello, si se pactaba la adquisición de los

---

<sup>999</sup> SÁNCHEZ ROMÁN, F.; *Estudios de Derecho Civil*, Tomo V-Vol. 2º, Madrid, 1912, pág. 1099 y FERNÁNDEZ VIVANCOS, G.; “Orden de prelación que deben ocupar los apellidos del adoptante respecto a los naturales del adoptado”, en *Revista General del Derecho*, 1951, pág. 21-22 quien añade que, puesto que se trata de una cuestión de orden público, además de hacerlo constar en escritura pública es preciso que exista anotación en el Registro Civil.

<sup>1000</sup> Es muy significativo en relación a la poca importancia que se atribuía en la redacción original del CC a la adopción, que en este tema es similar a la regulación del proyecto de CC de 1851, el comentario que hace al respecto GARCÍA GOYENA, F.; *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Tomo I-II, Barcelona, 1973, pág. 148 cuando dice que “Es un hecho constante y notorio que la adopción no está en nuestras costumbres. Hubo, por lo tanto, en la Sección una casi unanimidad en pasarla en silencio; pero habiendo hecho presente un vocal andaluz que en su país había algunos casos, aunque raros, de ella, se consintió en dejar este título con la seguridad de que sería tan rara y estraña en adelante, como lo ha sido hasta ahora y porque al fin este título no es imperativo, sino permisivo ó facultativo, y de una cosa que puede conducir á sentimientos dulces y benéficos”.

<sup>1001</sup> Así, SANCHEZ ROMÁN, F.; *Op. Cit.*, Tomo V, Vol. 2º, pág. 1099 y especialmente FERNÁNDEZ VIVANCOS, pág. 19 donde dice que “no cabe la menor duda que el apellido de la mujer es también apellido de la familia” y que el apellido de familia “lo constituyen los dos”, es decir, el del padre y el de la madre biológicos. En contra PIÑAR LÓPEZ, B.; “La adopción y sus problemas

apellidos adoptivos, era posible que el adoptando llegara a tener hasta cuatro apellidos cuando la adopción se realizara por dos personas y la filiación biológica estuviera determinada respecto de ambos padres. No hay duda de que ello era poco conforme con el sistema de determinación de los apellidos vigente también en aquel momento en el ordenamiento jurídico español y que dicha multiplicación de los apellidos no era cómoda ni aconsejable. Tal situación era consecuencia de la inspiración del codificador español en ordenamientos jurídicos extranjeros donde, al trasladarse al hijo únicamente el apellido paterno, este problema no existía porque el adoptado como máximo tenía dos apellidos<sup>1002</sup>. En relación a la segunda cuestión, es decir al orden que debían ocupar los apellidos, si bien la doctrina mayoritaria abogaba por adicionar los apellidos adoptivos a los biológicos<sup>1003</sup>, la Resolución de la DGRN de 11 de mayo de 1946 entendió que debía utilizarse un sistema de combinación intercalada<sup>1004</sup>. En cambio, parece que en el caso de los apellidos impuestos al adoptado expósito por el encargado del Registro Civil, debían suprimirse y ser sustituidos por los adoptivos<sup>1005</sup>.

En conclusión, el hecho de que únicamente se añadieran los apellidos adoptivos pero que no sustituyeran los de origen y que ello tuviera carácter potestativo, nos induce a pensar que en esta etapa el vínculo adoptivo era muy débil y que ello incidía en los apellidos del adoptando en la medida en que éste no ostentaba los apellidos adoptivos ni de forma automática ni de forma exclusiva.

Existe una segunda etapa que se sitúa desde la reforma de la adopción por la ley de 24 de abril de 1958 hasta la de 21/1987 de 11 de noviembre. En ella

---

jurídicos” en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1954, Tomo 8, pág. 175 y Resolución de la DGRN de 7 de mayo de 1918 que quienes entienden que por apellido de familia debe entenderse solamente el apellido paterno pues es el único que se conserva.

<sup>1002</sup> Así lo hace notar BATLLE, M.; *Op. Cit.*, pág. 319.

<sup>1003</sup> Así, GAMBÓN ALIX, G.; *La adopción*, Barcelona, 1960, pág. 198, BATLLE, M.; *Op. Cit.*, pág. 319, PIÑAR LÓPEZ, B.; *Op. Cit.*, pág. 175 y FERNÁNDEZ VIVANCOS, G.; *Op. Cit.*, pág. 22.

<sup>1004</sup> Así, si la adopción se realizaba por una persona, se situaba en primer lugar el apellido del padre biológico, seguido del del adoptante y finalmente el de la madre biológica. En cambio, ante una adopción conjunta el orden era el apellido del padre biológico, el del adoptivo, el de la madre biológica y el de la madre adoptiva. Por último, en caso de hijo naturales sólo reconocidos por la madre, al carecer de apellido paterno, se situaba el apellido del padre adoptivo en primer lugar, seguido del de la madre biológica y, en su caso, del de la madre adoptiva.

<sup>1005</sup> PIÑAR LÓPEZ, B.; *Op. Cit.*, pág. 174.



por primera vez la adquisición de los apellidos adoptivos era imperativa y exclusiva en la adopción plena y se observaba cierta tendencia en ese sentido respecto de la adopción simple o menos plena.

En relación a la adopción plena la ley de 24 de abril de 1958 establecía en el art. 178.3 CC que “El adoptado, aunque conste su filiación, ostentará como únicos apellidos los de su adoptante o adoptantes”. Esta redacción se mantuvo en la ley 7/1970 de 4 de julio y en la ley 11/1981 de 13 de mayo. Se trataba de una disposición imperativa de tal manera que, por efecto automático de la adopción plena, el adoptando perdía sus apellidos de origen y adquiría los de sus adoptantes<sup>1006</sup>. Este carácter imperativo no era más que la consecuencia de la voluntad del legislador de acercar lo máximo posible la adopción plena al trato que entonces recibía la filiación legítima<sup>1007</sup>. Por ello, en uno y otro caso los hijos ostentaban automática y únicamente los apellidos de sus padres, ya biológicos, ya adoptivos.

El art. 201 del RRC establecía el orden de los apellidos y decía que “El hijo adoptado en forma plena sólo por varón tiene, por el mismo orden, los apellidos del adoptante. Si el adoptante es mujer llevará sus dos primeros apellidos, pudiéndose invertir el orden en la propia escritura o después, con sujeción a las formalidades de la adopción”<sup>1008</sup>. Hay que aclarar que nada se decía en relación a la adopción del hijo del cónyuge pero haciendo una interpretación teleológica del

---

<sup>1006</sup> Hacen referencia al carácter imperativo de la disposición PERE RALUY, J.; *Derecho del Registro Civil*, pág. 537, CANO REVERTE, J.M.; “La nueva adopción” en *Revista de Derecho Notarial*, 1971, nº 72, pág. 370 y GAMBÓN ALIX, G.; *Op. Cit.*, pág. 199 que añade que “será ineficaz cualquier pacto por el que se pretenda mantener en exclusiva o unidos a los de adopción, los apellidos anteriores”.

<sup>1007</sup> RODRÍGUEZ CARRETERO, J.A.; *La persona adoptada*, Madrid, 1973, pág. 480.

<sup>1008</sup> Por tanto, como se dice en la Exposición de Motivos del Decreto de 14 de noviembre de 1958 “se sigue lo que el Código Civil dispone después de su última reforma y se completan, conforme a su espíritu, las normas sustantivas, procurando la mayor protección de los intereses del adoptado”. En efecto se especifica cómo deben ordenarse los apellidos en el caso de que el adoptante sea una única persona y para asegurar el interés del adoptando se establece que, en caso de ser el adoptante una mujer, en aras a esconder el origen adoptivo o confundirlo con la filiación natural. De hecho, esta misma posibilidad de invertir el orden de los apellidos se establecía respecto de los hijos que sólo tenían reconocida la filiación materna en el art. 55.2 LRC hasta la reforma del año 1999 en la ley 40/1999 de 5 de noviembre (BOE nº 266 de 6 de noviembre) con esta misma finalidad según entiende LINACERO DE LA FUENTE, M.; *Op. Cit.*, pág. 115.

precepto debe entenderse que el adoptando no perdía el apellido sino que se producía una coordinación lógica entre éste y el del adoptante<sup>1009</sup>.

Respecto de la adopción menos plena, la ley de 24 de abril de 1958 modificaba el art. 180 CC redactándolo como sigue: “El adoptado podrá usar con el apellido de su familia el del adoptante si se expresa en la escritura de adopción, en la que en tal caso se establecerá el orden en que haya de usarlos”. Así el art. 56 LRC establecía que era posible convenir la anteposición de los apellidos de los adoptantes a los de la familia natural y que los apellidos naturales podían ser sustituidos por los de los adoptantes. Se establecía, por tanto, para la adopción menos plena la misma fórmula que la redacción original del CC preveía para la adopción en general: “podrá usar”. De nuevo estamos aquí ante una posibilidad y no una imposición pues en la adopción menos plena regía el principio de libertad en la determinación de los apellidos<sup>1010</sup>. Ahora bien, para el caso de que nada se hubiera previsto en la escritura de adopción, la ley establecía unas normas para la determinación de los apellidos. El art. 201 RRC establecía que “Autorizado en la adopción menos plena el uso del apellido del padre adoptante sin señalar el orden, se antepondrá al primero no natural; permitido el de la madre adoptante precederá al segundo no natural”. En cambio, la DT 6ª en su párrafo 4º establecía que cuando se hubiera permitido el uso de apellidos adoptivos sin establecer orden, se daría preferencia a los apellidos por naturaleza salvo que se tratara de apellidos impuestos de oficio o que el adoptante fuera varón cuando se hubiera determinado sólo la filiación natural de la madre en cuyo caso se anteponían siempre los apellidos adoptivos.

La ley 4/1970 de 7 de julio modificó el art. 180 CC y establecía respecto de la que denominó adopción simple que “En la escritura de adopción podrá convenirse la sustitución de los apellidos del adoptando por los del adoptante o

---

<sup>1009</sup> Así, CANO REVERTE, J.M.; *Op. Cit.*, pág. 370-371 y parece que también RODRÍGUEZ CARRETERO, J.A.; *Op. Cit.*, pág. 82-83.

<sup>1010</sup> Así lo hace notar PERE RALUY, J.; *Op. Cit.*, pág. 538, GAMBÓN ALIX, G.; *Op. Cit.*, pág. 200 aunque como dice este último autor en pág. 205 una vez determinados no podrán modificarse en base al principio de inmutabilidad de los apellidos y del orden público que los informa.

adoptantes, o el uso de un apellido de cada procedencia<sup>1011</sup>, en cuyo caso se fijará el orden de los mismos<sup>1012</sup>. A falta de pacto, el adoptado conservará sus apellidos”. La ley 11/1981 de 13 de mayo mantuvo esta redacción<sup>1013</sup>.

En resumen, a partir de 1958, si bien no podemos hablar de una auténtica extinción de los vínculos con la familia de origen y de adquisición con la adoptiva, especialmente en la adopción simple o menos plena, sí podemos observar como el legislador tiende a buscar una cada vez mayor equiparación entre la filiación adoptiva y la biológica. Fruto del fortalecimiento del vínculo adoptivo, la ley ya no habla de adición de los apellidos adoptivos a los de origen sino de sustitución. En la adopción simple, como consecuencia del vínculo adoptivo más débil, no hablamos de una sustitución imperativa de los apellidos sino de adición de los apellidos adoptivos a los de origen en la redacción de 1958. Pero en la ley de 1970 y de 1981 ya se establece la sustitución de los apellidos de origen por los adoptivos y de uso de un apellido de cada procedencia por lo que, aunque estamos ante una potestad y no una obligación, se observa una evolución hacia la equiparación de filiaciones y las consiguientes consecuencias en sede de apellidos.

La última etapa encuentra su inicio en la reforma de la adopción por la ley 21/1987 de 11 de noviembre que se caracteriza por mantener un absoluto silencio en relación a la determinación de los apellidos del adoptando. Ello, lejos de ser un descuido del legislador es, como se verá, una consecuencia de la definitiva equiparación entre filiación adoptiva y biológica pues la adopción conlleva la extinción del vínculo con la familia de origen y la adquisición del parentesco de la familia adoptiva. Así que la determinación de los apellidos del adoptando se hace,

---

<sup>1011</sup> Por el uso de un apellido de cada procedencia hemos de entender un apellido de origen y uno adoptivo. Así RODRÍGUEZ CARRETERO, J.A.; *Op. Cit.*, pág. 89.

<sup>1012</sup> El pacto sobre el orden de los apellidos sólo procedía en caso de que se usara uno de cada procedencia pues en caso de pacto de sustitución regía el mismo sistema que en la adopción plena por lo que en primer lugar se imponía el apellido adoptivo paterno y luego el materno.

<sup>1013</sup> Ya no se aplicaba aquí el art. 202 RRC porque quedaba tácitamente derogado por el art. 180 CC que establecía que en defecto de pacto el adoptando conservara sus apellidos. Así, RODRÍGUEZ CARRETERO, J.A.; *Op. Cit.*, pág. 89-90.

en principio, de igual forma que en la filiación biológica y a estas normas como regla general hay que remitirse.

Sin embargo, es evidente que la adopción implica una serie de particularidades que matizan la normativa general sobre la determinación de los apellidos y que probablemente deberían haber sido resueltas por la ley como sucede en el derecho catalán, donde, pese a equipararse filiación natural y adoptiva se regulan de forma específica las particularidades de la modificación de los apellidos del adoptado. En el caso de la adopción no puede hablarse siempre de determinación de los apellidos sino de modificación. En efecto, en la mayor parte de los casos la determinación de los apellidos adoptivos se hace cuando ya existe una determinación previa de los mismos por lo que la adopción conlleva una auténtica modificación<sup>1014</sup>.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que en los casos de adopción del hijo del cónyuge o de la pareja no se extingue el vínculo con la familia de éste y en algunos casos tampoco en relación a la familia del progenitor no cónyuge del adoptante por lo que deberá analizarse cómo influye el mantenimiento de este vínculo en orden a la modificación de los apellidos del adoptando. Además, en determinados casos muy concretos el adoptando puede llevar un periodo de tiempo tan largo con los apellidos de origen que podría ser contrario a su interés modificarlos. Finalmente, deben estudiarse, debido a su repercusión directa o indirecta en los apellidos del adoptado, una serie de vicisitudes que inciden sobre la adopción: exclusión, extinción y nulidad.

### **3.2.3.2. Régimen vigente sobre la determinación de los apellidos en sede de adopción.**

#### **3.2.3.2.1. Regla general en la modificación de los apellidos: justificación.**

---

<sup>1014</sup> Debe recordarse aquí que el art. 177.2 CC *in fine* establece que el “asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto” y el art. 55.5 LRC dice que el “encargado del Registro impondrá un nombre y unos apellidos de uso corriente al nacido cuya filiación no pueda determinarlos” por lo que en el momento de la adopción necesariamente el adoptando tendrá asignados unos apellidos.

Como se ha dicho, la regulación actual del CC no prevé nada en relación a los apellidos del adoptado<sup>1015</sup>. Dicha ausencia se justifica porque, en base al principio de *adoptio imitatur naturam*, se ha producido una equiparación entre la filiación por naturaleza y la filiación adoptiva en la medida en que esta institución conlleva la extinción de los vínculos con la familia de origen y la correlativa integración del adoptando en la familia adoptiva. Esta tendencia a la equiparación entre las filiaciones adoptiva y biológica se inicia con el art. 108 CC y culmina con la ley 11/1987 de 11 de noviembre. El art. 108 CC establece en su párrafo primero que “La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción” con lo cual considera la adopción como un tipo de filiación. Por ello, resulta lógico que en su último párrafo establezca que “La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”. Por su parte, el Preámbulo de la ley 21/1987, de 11 de noviembre establece que “las finalidades de integración familiar y la consecución, con carácter prioritario, del interés del menor, son servidas en el texto legal mediante la consagración de la completa ruptura del vínculo jurídico que el adoptado mantenía con su familia anterior, y la creación *ope legis* de una relación de filiación a la que resultan aplicables las normas generales de filiación contenidas en los artículos 108 y siguientes del Código Civil”<sup>1016</sup>. De ahí que deban tenerse presentes la reglas generales sobre determinación de apellidos. Ello no impide, sin embargo, que existan diferencias moduladas entre la adopción y la filiación por naturaleza<sup>1017</sup> que se justifican en la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional

---

<sup>1015</sup> No así en el Codi de Família catalán donde su art. 128 hace una detallada previsión al respecto que en determinados casos puede ser de gran ayuda para interpretar el vacío del CC.

<sup>1016</sup> Resaltan esta evolución MORENO QUESADA, B.; *Op. Cit.*, pág. 1532 que afirma: “Podemos decir, como conclusión, que el conflicto de intereses planteado entre los de la familia del adoptante y la del adoptado, que en la redacción originaria de nuestro código civil se resolvía en favor de esta última, ha concluido, como consecuencia de la evolución sufrida durante su primer centenario, en la solución contraria, que hace primar los intereses de la primera”, VARGAS CABRERA, B.; *Op. Cit.*, pág. 259-260 Y PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.; *La nueva adopción*, Madrid, 1989, pág. 206. Por su parte, VERDERA SERVER, R.; “Adopción y principio de igualdad (Comentarios a la STC 46/1999, de 22 de marzo)”, en *Derecho Privado y Constitución*, 1999, nº 13, págs. 335 dice que la “evolución que comenzara la Reforma de 1958 se ha detenido ya, tras alcanzar el vínculo adoptivo el máximo de efectos que la ley reconoce a cualquier clase de filiación: el art. 108 CC supone la culminación de esta progresión”. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el art. 108 CC fue redactado por la ley 11/1981 de 13 de mayo (BOE nº 119 de 19 de mayo) momento en el cual todavía estaba vigente la regulación que de la adopción había hecho la ley 4/1970 de 7 de julio en la cual se diferenciaba entre adopción simple y plena por lo que el art. 108 CC es sólo el primer paso para la equiparación.

<sup>1017</sup> VARGAS CABRERA, B.; *Op. Cit.*, pág. 206.

según la cual para que se produzca una quiebra del derecho a la igualdad no basta con que se otorgue un tratamiento diferenciado a dos situaciones que pueden considerarse iguales sino que también es preciso que la diferencia establecida por la norma esté desprovista de una justificación objetiva y razonable y resulte, a su vez desproporcionada<sup>1018</sup>. De ahí que, como se verá, existen una serie de especificidades en la determinación de los apellidos del adoptante.

---

<sup>1018</sup> Así, en la STC del Pleno 1797/1990 de 11 de diciembre de 1992 que afirma que es doctrina constante de este tribunal que “los condicionamientos y límites que en virtud del principio de igualdad, pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigencia, pues las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos y obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas”. En igual sentido, la STC 186/1990 de 20 de enero de 1994. Además, la equiparación entre adopción y filiación por naturaleza no es consecuencia directa de la aplicación aislada de los arts. 14 y 39.2 CE sino que deriva de la combinación de estos preceptos constitucionales y la legislación civil que en el art. 108 CC considera la adopción como un tipo de filiación al que se le atribuyen los mismos efectos que a la filiación por naturaleza. En efecto, si la legislación civil no configurara la adopción como un tipo de filiación, aquélla no tendría cabida en la protección constitucional de los arts. 14 y 39.2 CE. El concepto de adopción es de creación legislativa. Sobre esta cuestión VERDERA SERVER, R.; *Op. Cit.*, pág. 335 se pregunta si la adopción debe ser configurada necesariamente como una filiación y afirma que en función “de la respuesta que se da a esta pregunta, cabrá admitir, dentro del margen de libertad del legislador, la formulación de una figura que, bajo el nombre de adopción, no suponga consecuencia alguna en el plano de la filiación”. Concluye el autor en pág. 339-340 que “el dato que supone el necesario trato igual de los hijos por adopción a los hijos por naturaleza no se encuentra exclusivamente en la Constitución, en sus arts. 14 y 39.2, sino mucho más sencillamente, en el art. 108 CC”. De hecho, antes de la reforma de 1987 existían dos tipos de adopción, la simple y la plena, y solamente la segunda implicaba cierta equiparación, con la filiación por naturaleza. Ello dio lugar a que el Tribunal Constitucional en STC 33/1983, de 4 de mayo negara que una adopción simple se equiparase a la filiación por naturaleza y afirmaba que “los regímenes de la adopción plena y de la adopción simple son distintos, de ellos nacen efectos de desigual contenido para los adoptados, sin que estos regímenes distintos sean atentatorios a la igualdad que proclama -como derecho susceptible de protección por la vía del amparo constitucional- el art. 14 CE, pues para que exista violación del principio de igualdad esté desprovisto de una justificación objetiva y razonable, y aquí, en cuanto son distintas las figuras, el dotar de un mayor contenido a la adopción plena y equipararla a la filiación por naturaleza no significa para los adoptados en forma simple una discriminación”. A este respecto dice CARRASCO PERERA, A.; “El “juicio de razonabilidad” en la justicia constitucional”, en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1984, nº 11, pág. 73 que se pregunta “¿De dónde obtiene el TC esta distinción entre ambas formas de adopción? Sin duda no lo hace de los arts 14 y 39 CE. Para que el juicio de constitucionalidad no mezclase cuestiones de legalidad la adopción debería existir como una entidad prepositiva independiente de su configuración en el Derecho Civil. Pero es claro que no existe más adopción que la del Código Civil, y si alguna distinción existe entre el régimen de la simple y la plena, es la que señala el Código Civil”. De ahí que el voto particular del Magistrado Manuel Jiménez de Parga y Cabrera a la STC 46/1999, de 22 de marzo diga que “La equiparación entre los hijos adoptivos y los hijos por naturaleza será un imperativo constitucional en la medida en que sustancialmente pueda calificarse la adopción como una forma de filiación. Así ocurre en el régimen de adopción que se encuentra vigente en el momento en que se resuelve el presente recurso. A tenor de lo dispuesto en el art. 108 CC, y, en general, de lo que se deduce de la regulación de la institución que efectuó la ley 21/1987, 11 de noviembre, la filiación comprende tanto la filiación por naturaleza como la adoptiva”. Y añade que “El legislador puede establecer una institución a la que denomine adopción, y, sin embargo, no la considere realmente una forma de filiación, tal y como ocurre, por ejemplo con la adopción simple; forma de adopción que estuvo vigente en nuestro Derecho hasta la reforma de 1987 (...) sólo existe una modalidad de adopción; modalidad, además, a la que se reconocen los mismos efectos que a la filiación por naturaleza”. Ahora bien, una vez que la ley equipara la

En cambio, pese a que en derecho catalán también se equipara la filiación biológica con la adoptiva se tiene en cuenta que la filiación adoptiva merece una regulación específica en sede de apellidos por las particularidades que tiene la adopción<sup>1019</sup>. Así, el art. 113.1 CF dice que toda filiación produce los mismos efectos jurídicos civiles, sin perjuicio de los efectos específicos de la filiación adoptiva en materia de apellidos y entre la persona adoptada y los familiares ascendentes y colaterales del padre y de la madre en los términos que establece la legislación civil de Cataluña. Además el art. 127.1 CF dice que la adopción produce los mismos efectos que la filiación por naturaleza sin perjuicio de las especialidades a que se refiere el art. 113 CF. Por ello, se establecen en el art. 128 CF una serie de normas reguladoras de los apellidos que deben asignarse al adoptado.

La equiparación conlleva la extinción de los vínculos con la familia anterior y la integración en la familia de adopción. El art. 178.1 CC establece: “La adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su

---

adopción con la filiación por naturaleza, la igualdad entre ambas instituciones queda garantizada constitucionalmente por lo que deben recibir igual trato. Por ello, la determinación de los apellidos del adoptando, o mejor, su modificación, no es regulada en sede de adopción por cuanto debe aplicarse a este respecto la misma normativa que en relación a la filiación por naturaleza.

<sup>1019</sup> Sin embargo, el Codi de Família parte de la equiparación entre filiación adoptiva y por naturaleza según se desprende del art. 127.1 que establece que la adopción “produeix els mateixos efectes que la filiació per naturalesa” y del art. 87 CF que dice que “la filiació pot tenir lloc per naturalesa o per adopció”. Sin embargo, no establece en su regulación ni los mismos efectos personales, pues el parentesco no se extiende a los colaterales de la familia adoptiva, ni los mismos efectos sucesorios. De ahí que los comentaristas hayan criticado tal circunstancia. Así, GARRIGA GORINA, M.; *Comentaris al Codi de Família, la llei d'unions estables de parella i a la llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid, 2000, pág. 590 donde afirma que la regulación del CF “va suposar un pas enrera en l'evolució dels efectes de l'adopció” y que “caldría que la integració de l'adoptat en la família de l'adoptant es produís de forma completa i amb els mateixos efectes que la filiació per naturalesa sobretot si es té en compte que el CF parteix del principi d'equiparació dels efectes de tota filiació i disposa que per l'adopció es crea una relació jurídica de filiació”. Y es que, en efecto, una vez que la ley establece la equiparación entre adopción y filiación por naturaleza, configurando la primera como otro tipo de filiación, no puede mantenerse un trato diferente entre ambas instituciones pues desde el momento en que la ley establece la equiparación, la adopción queda protegida por los arts. 14 y 39 CE. Por otra parte, no puede mantenerse que el CF en realidad no establece la equiparación entre adopción y filiación natural porque, además de que ello es contrario a la literalidad de los arts. 87 y 113 CF, no encuentra apoyo ni en el concepto de adopción existente en la sociedad ni en el principio del interés del menor.

En cualquier caso, a efectos de los apellidos esta cuestión no afecta pues el art. 128 CF regula esta cuestión de forma similar a lo que sucede en la normativa relativa a filiación por naturaleza. Pero es significativo que el legislador, pese a establecer la equiparación entre ambas instituciones, haya decidido regular el tema de los apellidos en la adopción.

familia anterior”. Se entiende por familia anterior la familia extensa o familiarlinaje<sup>1020</sup> a excepción de los descendientes del adoptado respecto de los cuales el vínculo subsiste. Además por familia anterior no debe entenderse necesariamente familia biológica sino que puede tratarse de una familia adoptiva en aquellos casos en que excluida la adopción, se produce una segunda adopción<sup>1021</sup>. La extinción del vínculo es recíproca, es decir, se extingue todo derecho del adoptado respecto de su familia anterior y viceversa<sup>1022</sup>.

El art. 178.1 CC debe interpretarse de forma integrada<sup>1023</sup> con el art. 108 CC pues sólo así se obtiene una visión completa de los efectos de la adopción. Paralelamente a la extinción de los vínculos con la familia anterior, se produce la plena integración en la familia de adopción y con ello la plena equiparación entre filiación adoptiva y por naturaleza. Al adoptado se le integra en una nueva familia y resulta conveniente extinguir todo vínculo legal con su origen tanto para evitar una poco conveniente dualidad de vínculos como para eliminar el pasado negativo para el menor que comporta una situación de desamparo<sup>1024</sup>. Precisamente por ello, en ocasiones, en atención a la inexistencia de dicha situación de desamparo es preferible no extinguir el vínculo respecto de la familia anterior como luego se verá pues tanto el régimen del CC como del CF establecen supuestos de adopción en los que el vínculo con la familia biológica se mantiene.

En conclusión, la extinción de vínculos respecto de la familia anterior y la paralela integración del adoptado en la familia adoptante tiene como consecuencia, entre otras, la pérdida de los apellidos de la familia de origen y la adquisición de los de la familia de adopción determinados, como regla general, según las normas de filiación.

---

<sup>1020</sup> Así, VARGAS CABRERA, B.; *Op. Cit.*, pág. 250-251 y SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A.; “Mantenimiento y extinción de vínculos parentales tras la adopción del hijo del cónyuge: el art. 178 del Código Civil”, en *Actualidad Civil*, nº 48, Diciembre 1994-Enero 1995, pág. 986.

<sup>1021</sup> FELIU REY, M.I.; *Comentarios a la ley de adopción*, Madrid, 1989, pág. 175.

<sup>1022</sup> FELIU REY, M.I.; *Op. Cit.*, pág. 175.

<sup>1023</sup> Así lo hace notar MÉNDEZ PÉREZ, J.; *La adopción*, Barcelona, 2000, págs. 216-217.

<sup>1024</sup> SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A.; *Op. Cit.*, pág. 986.



La regla general para la modificación de los apellidos del adoptando la encontramos en los arts. 109 CC, 55 LRC y 194 y ss RRC. Baste aquí decir que el adoptado adquirirá los apellidos del adoptante que podrán ser invertidos si éste así lo solicita (55.2 LRC) o lo hace el adoptado cuando alcance la mayoría de edad (arts. 109.4 y 55.4 LRC). En caso de que los adoptantes sean dos, el adoptando adquirirá el primero de los apellidos de cada adoptante en el orden que éstos establezcan (art. 109.2 CC) o, en su defecto, en primer lugar el paterno y después el materno (arts. 109.1 CC., 55.1 LRC y sobre todo 194.1 RRC) sin perjuicio de que el adoptado pueda alterar el orden cuando alcance la mayoría de edad (arts. 109.4 CC y 55.4 LRC).

En el derecho catalán la regla es similar pues el art. 128 CF establece que el adoptado llevará los apellidos de los adoptantes en el orden que establezca la ley (art. 128 CF) por lo que hemos de entender aplicable aquí la normativa registral. Cuando el adoptante sea uno llevará sus apellidos salvo que adopte el cónyuge o pareja del progenitor en cuyo caso conservará el apellidos de éste (art. 128.1 CF). El orden de los apellidos podrá invertirse a petición del adoptante o del adoptando cuando alcance la mayoría de edad o se emancipe (art. 128.2 CF). Sin embargo, añade el art. 128.3 CF que el adoptando emancipado o mayor de edad podrá conservar sus apellidos de origen si lo solicita en el momento de la adopción.

Ahora bien, no estamos ante una determinación de los apellidos como sucede en el caso de la filiación por naturaleza sino ante una modificación de los ya existentes de origen que se sustituyen por los de adopción por lo que deberán adaptarse las reglas generales a tal circunstancia. No son, sin embargo, aplicables los arts. 201 y ss. RRC que regulan la determinación de los apellidos de los hijos adoptivos por estar derogados<sup>1025</sup>. En efecto, la regulación que en ellos se establece hace referencia y es coherente con la normativa sobre adopción anterior a 1987 pero hoy es inaplicable por anacrónica. En cualquier caso, debe tenerse presente la DT 2ª de la ley 21/1987, de 11 de noviembre que

---

<sup>1025</sup> Aboga también por su derogación LINACERO DE LA FUENTE, M.; *Op. Cit.*, pág. 150.

establece que “Las adopciones simples o menos plenas subsistirán con los efectos que les reconozca la legislación anterior, sin perjuicio de que pueda llevarse a cabo la adopción regulada por esta Ley si para ello se cumplen los requisitos exigidos en la misma”. Por su parte, la Disposición transitoria cuarta del CF prevé que las adopciones simples se registrarán por el régimen anterior pero podrán adaptarse a la nueva adopción si concurren los requisitos necesarios, los efectos de la adopción plena son los mismos que los que se prevén en la regulación actual de la adopción aunque las adopciones que estuvieran pendientes de resolución se registrarán por la legislación anterior. Ahora bien, a los efectos que aquí interesan, la determinación de los apellidos de los adoptados conforme a la legislación anterior efectivamente se hizo conforme a los arts. 201 y ss RRC. Pero las adopciones realizadas desde 1987 se rigen, a los efectos de la modificación de los apellidos del adoptando por las reglas de determinación de apellidos en la filiación natural.

**3.2.3.2.2. Especialidades en la determinación de los apellidos del adoptando: mantenimiento de vínculos respecto de la familia anterior y el interés del menor.**

Si la extinción de los vínculos respecto de la familia anterior es el dato determinante de la sustitución de los apellidos del adoptando por los del adoptante, ¿qué ocurre cuando dicha extinción no se produce?. De otra parte, si el principio del interés del menor debe informar toda la normativa sobre la adopción, ¿qué ocurre cuando la modificación de los apellidos del adoptando es contraria a su interés?

Suscita la primera cuestión lo establecido en el art. 178.2 CC que dice que excepcionalmente subsistirán los vínculos jurídicos con la familia paterna o materna, según el caso, “cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiera fallecido” y “cuando sólo uno de los progenitores ha sido determinado y el adoptante sea persona de distinto sexo al de dicho progenitor” si así lo solicitan ambos y el adoptando que tuviera más de 12 años. Por su parte, el art. 127.2 CF dice que la adopción extinguirá los vínculos entre la familia adoptiva y la biológica excepto en los casos de adopción de los hijos del cónyuge o de la adopción entre parientes. Estos preceptos han suscitado dudas

respecto de quién se mantienen los vínculos jurídicos<sup>1026</sup> y ello interesa aquí en la medida en que, en función de la respuesta que demos a dicha cuestión, la modificación de los apellidos del adoptando se producirá de una forma u otra.

No queda claro en el art. 178.2 CC si el mantenimiento de vínculos debe predicarse respecto del cónyuge del adoptante solamente o también respecto del otro progenitor. Es decir, el precepto no aclara si la familia del cónyuge adoptante se añade a las familias de origen -paterna y materna- o bien sustituye a la familia del progenitor que no es su cónyuge. Dos interpretaciones se han planteado al respecto<sup>1027</sup>. Una primera interpretación entiende que el mantenimiento de los vínculos jurídicos con la familia del cónyuge no es de recibo teniendo en cuenta la regla general del art. 178.1 CC. Por ello, es preciso que la ley establezca de forma expresa el mantenimiento de los vínculos con el cónyuge del adoptante y en ese sentido habría que interpretar el art. 178.2 CC. De esta forma el mantenimiento de los vínculos jurídicos se predicaría de la familia del cónyuge del adoptante por lo que la familia adoptiva vendría a sustituir a la familia del progenitor no cónyuge del adoptante. Por el contrario, la segunda interpretación considera que el mantenimiento de los vínculos respecto de la familia del cónyuge del adoptante es lógico y evidente por lo que es innecesario que la ley lo establezca expresamente por lo que la previsión del art. 178.2 CC haría referencia a la familia del progenitor no cónyuge del adoptante de forma que la familia del adoptante no sustituiría a la del progenitor no cónyuge sino que se añadiría a ella. El adoptante tendría, por tanto, tres familias, dos de origen, y una adoptiva.

Sin embargo, un análisis detenido de la cuestión aconseja no pretender una única solución para todos los supuestos que caben en esta situación sino buscar una respuesta ponderada para cada caso concreto<sup>1028</sup>.

---

<sup>1026</sup> Se plantean este tema SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A.; *Op. Cit.*, pág. 987 y ss. También se lo plantea GARRIGA GORINA, M.; *Op. Cit.*, pág. 595 en relación a la regulación catalana que a estos efectos es similar a la del CC pues el art. 127.2 CF establece que “L’adopció extingeix el parentiu entre l’adoptat o adoptada i la seva família d’origen, llevat dels casos d’adopció d’un fill o filla del cònjuge o de persona de sexe diferent amb qui l’adoptant conviu maritalment amb caràcter estable...”

<sup>1027</sup> Así, SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A.; *Op. Cit.*, pág. 987.

En primer lugar, el supuesto en que la filiación está determinada respecto de un solo progenitor y su cónyuge o su pareja (art.178.2 CC y art. 127.2 CF) adoptan al hijo. Esta situación no plantea problemas pues se mantendrán los vínculos respecto de la familia del progenitor cuya filiación está determinada y se añadirán los vínculos con el adoptante y su familia. Aquí se mantendrá el apellido del progenitor biológico y se añadirá el apellido primero del adoptante en el orden que ambos acuerden o, en defecto de pacto, en primer lugar el paterno, por adopción o naturaleza, y seguidamente el materno, por adopción o naturaleza (arts. 109.1 y 4 CC, 55.1 y 4 y 194.1 RRC).

Lo mismo sucede en caso de que la filiación esté determinada respecto de ambos progenitores pero uno de ellos haya sido privado de la patria potestad o esté incurso en causa de privación y en esta situación se produce la adopción por el cónyuge del otro progenitor. Sin embargo, debe tenerse presente que en el caso de que se esté incurso en causa de privación de la patria potestad deberá darse audiencia al progenitor que se encuentra en dicha situación para que pueda llevarse a cabo la adopción<sup>1029</sup>.

Cuando la filiación se ha determinado respecto de ambos progenitores y uno de ellos ha fallecido, si posteriormente el supérstite contrae matrimonio con persona que decide adoptar a su hijo, los vínculos con la familia del progenitor fallecido deben subsistir. De esta forma el adoptado tendría tres familias: dos por naturaleza y una por adopción<sup>1030</sup>.

---

<sup>1028</sup> Así, GARRIGA GORINA, M.; *Op. Cit.*, pág. 595 donde afirma que “cal plantejar-se si és convenient conservar els vincles tenint en compte les circumstàncies de cada un del supòsits en els que és possible aquesta adopció i amb l’objectiu de trobar la solució més favorable als interessos de l’adoptat”.

<sup>1029</sup> Así, SANCHO REBULLIDA, F.A.; *Op. Cit.*, pág. IV-2º, pág. 208 y PEREDA GÁMEZ, J.; *Comentaris al Codi de Família, la llei d’unions estables de parella i a la llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Madrid, 2000, pág. 564-565 aunque entiende éste que la audiencia debe darse también a los padres que ya hayan sido privados de la patria potestad.

<sup>1030</sup> También así GARRIGA GORINA, M.; *Op. Cit.*, pág. 595. En contra, SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A.; *Op. Cit.*, pág. 986-993 quien, pese a que acepta que esa sería la mejor solución desde el punto de vista de la equidad, sostiene que no puede mantenerse dicha tesis conforme a la literalidad del art. 178.2.1º CC que dice que el vínculo subsistirá “aunque el consorte hubiera fallecido” pues, según el autor también en los demás casos se mantendrá el vínculo y ello es inaceptable. Por ello, concluye el autor en pág. 992 que “es innegable que la interpretación del art. 178.2 CC que entiendo más adecuada entre las dos posibles conduce a soluciones poco

Cuando la filiación está determinada respecto de ambos progenitores pero uno de ellos, el que no es cónyuge del adoptante, asiente la adopción. En este caso sí debe extinguirse el vínculo jurídico respecto del progenitor que asiente y su familia<sup>1031</sup>. La justificación de esta tesis es que, mientras en el caso del progenitor fallecido la adopción se produce sin que éste pueda dar o negar su asentimiento, en el segundo caso, el progenitor no cónyuge del adoptante ha prestado su asentimiento a la adopción por lo que se debe ser coherente con sus consecuencias. Por tanto, al extinguirse el vínculo con el progenitor que asiente y su familia, el primer apellido del adoptante sustituye al de aquél en el orden que se pacte o, en su defecto, conforme a lo establecido en la ley.

Así, el confuso art. 178 CC debe interpretarse en el sentido de que sólo en el caso del progenitor fallecido se mantendrán los vínculos con la familia de dicho progenitor pero no en el resto de casos y menos con la familia de un progenitor no determinado pues ello no tiene sentido.

En relación al art. 127.2 CF también hay que entender que subsisten los vínculos con la familia del progenitor fallecido si adopta el cónyuge o pareja del otro progenitor.

Además en el derecho catalán hay que añadir el supuesto de la adopción entre parientes pues en este caso, según reza el art. 127.2 CF también subsisten los vínculos con la familia biológica.

#### 1) *Mantenimiento de los vínculos con la familia anterior.*

---

equitativas, al menos en el caso del fallecimiento de uno de los progenitores por naturaleza seguido de nuevo matrimonio del supérstite y adopción por el cónyuge de éste; pese a ello me parece la más adecuada al tenor literal del precepto" (...) "la interpretación que aquí propugno para la (norma) que nos ocupa es la menos mala, habida cuenta de las deficiencias del precepto el cual muy probablemente expresa exactamente lo contrario de lo que quiso manifestar (utilizando *aunque* cuando probablemente pretendió decir *en el supuesto de que*)".

<sup>1031</sup> La tesis que SÁNCHEZ RUBIO GARCÍA, A.; *Op. Cit.*, pág. 968-993 defiende tiene estas consecuencias. En contra, GARRIGA GORINA, M.; *Op. Cit.*, pág. 595 porque entiende que defender la extinción del vínculo podría comportar ciertas reticencias del progenitor no cónyuge del adoptante a asentar una adopción que puede ser beneficiosa para el menor.

En el caso de que se mantengan los vínculos con la familia del progenitor no cónyuge del adoptante, hipótesis que se mantiene aquí en relación al supuesto en que éste ha fallecido, ¿qué ocurre con los apellidos? Lógicamente el del progenitor cónyuge del adoptante se mantiene pero ¿y el del progenitor fallecido? ¿Se mantiene o se sustituye por el del adoptante?

Debe tenerse en cuenta en esta sede el principio del interés del menor. Si bien es cierto que la tendencia del legislador es una progresiva sustitución de los apellidos del adoptado por los del adoptante<sup>1032</sup>, también lo es que la finalidad de la adopción ya no es la conservación de un determinado apellido<sup>1033</sup>. En el supuesto de adopción del hijo del cónyuge cuando el otro progenitor ha fallecido, no se persigue la ruptura de vínculos con la familia del progenitor muerto sino que lo que se busca es que el menor crezca en un entorno familiar y que la patria potestad sea ejercida por padre y madre, adoptivo o por naturaleza. La eliminación de cualquier vínculo respecto de la familia del progenitor fallecido no beneficia al menor sino más bien al contrario. Además, debe tenerse en cuenta que el progenitor que ha muerto no ha prestado su asentimiento a la adopción y si bien es cierto que debe primar el interés del menor por encima de cualquier otro, no lo es menos que los demás intereses, en este caso los de la familia del progenitor fallecido, también deben ser tenidos en cuenta<sup>1034</sup>, máxime si, como en este caso, coinciden. En el caso de la adopción entre parientes también se mantiene el vínculo con la familia de origen según el art. 127.2 CF lo cual es lógico teniendo en cuenta que en este caso familia biológica y adoptiva coinciden por lo que el vínculo del adoptado con su familia biológica no se extingue.

Cuando la adopción no extingue los vínculos con la familia anterior, puede entenderse que en el supuesto comentado no se produce el cambio de apellidos por efecto de la adopción salvo que ello se solicite por la vía del art. 207 b) RRC.

---

<sup>1032</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M.; *Op. Cit.*, pág. 148 y LUCES GIL, F.; *Op. Cit.*, pág. 175.

<sup>1033</sup> FELIU REY, M.I.; *Op. Cit.*, pág. 91.

<sup>1034</sup> Así el Preámbulo de la ley 21/1987 que dice que el beneficio del menor "se sobrepone, con el necesario equilibrio, a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución".

Según este artículo en los casos en que el apellido del adoptante constituye una situación de hecho y éste, su cónyuge y descendientes consienten el cambio, se podrá adquirir legalmente el apellido del adoptante por el adoptado. Sin embargo, se plantea la duda de si este artículo está derogado pues si la regla general es que la adopción determina la adquisición de los apellidos del adoptante, el uso de los mismos por el adoptado no será una situación de hecho sino de derecho. Es pensable que este precepto, en lo que a la adopción se refiere, estuviera previsto para la adopción simple por lo que parece que debe considerarse derogado.

También puede considerarse que por efecto de la adopción los apellidos del adoptando se sustituyen por los del adoptante, salvo que se solicite su conservación por la vía de los arts. 209 y 210 RRC. El art. 209.3 RRC dice que el Juez de Primera Instancia puede autorizar previo expediente la conservación por el hijo o sus descendientes de los apellidos que viniera usando, siempre que insten el procedimiento dentro de los dos meses siguientes a la inscripción de la filiación o, en su caso, de la mayoría de edad. Además el art. 210 RRC exige justa causa y que no se perjudique a tercero, requisitos que se dan en este caso. De esta forma, se respetarían los efectos de la adopción en los apellidos del adoptando pero al mismo tiempo se tendrían en cuenta los intereses de la familia biológica.

Se plantea la cuestión de si el menor de edad con capacidad natural está legitimado para solicitar la conservación de los apellidos. El art. 209.3 RRC dice que se podrá conservar el apellido “siempre que insten el procedimiento dentro de los dos meses siguientes a la inscripción de la filiación o, en su caso, a la mayoría de edad”. La norma puede entenderse en el sentido de que cuando el adoptado sea mayor de edad lo solicitará él y cuando sea menor lo harán sus representantes o en el sentido de que lo harán los representantes del menor en los dos meses siguientes a la inscripción de la filiación o el menor cuando alcance la mayoría pero de ambas interpretaciones se sigue que el adoptado no puede actuar por sí mismo cuando sea menor de edad. También aquí prima el orden público sobre la consideración del derecho al nombre como un derecho de la personalidad por lo que no se tiene en cuenta que el art. 162 CC y el art. 155 CF permiten que el menor actúe en el ámbito de sus derechos de la personalidad

cuando tenga madurez suficiente. No deja de ser paradójico que el menor de doce años deba prestar el consentimiento para poder ser adoptado (arts. 121 CF y 177.1 CC) y se exija la mayoría de edad para solicitar la conservación de los apellidos de origen cuando es evidente que la adopción tiene una trascendencia personal mucho más relevante para el menor que la conservación o no de los apellidos. Quizás cabría plantearse la conveniencia de que el legislador permitiera al menor de doce años que solicitara la conservación de sus apellidos.

En cambio, la solución en derecho catalán es en parte diferente pues el art. 128.1 CF regula expresamente los apellidos del adoptado y dice que “L’adoptat o adoptada per una persona porta els cognoms d’aquesta, *llevat del cas a què es refereix la lletra a de l’apartat 1 de l’article 117* (es decir, la adopción del hijo del cónyuge o la pareja), *en el qual conserva el cognom del pare o de la mare segons correspongui*”. Aunque la regla general es que el adoptado adquiere los apellidos del adoptante, en el caso de adopción del hijo del cónyuge automáticamente y por efecto de la ley el menor conservará sus apellidos sin necesidad de acudir al procedimiento del art. 209 RRC. Sin embargo, creemos que el legislador está pensando en los supuestos en que los vínculos con la familia biológica se mantienen, es decir, el supuesto en que uno de los progenitores ha muerto puesto que en otro caso la conservación de los apellidos no tiene sentido.

Sin embargo, nada dice el art. 128.1 CF en relación a la adopción entre parientes por lo que parece que el adoptado no conservaría de forma automática los apellidos de los padres biológicos aunque los vínculos con la familia natural se mantengan. Pero en la medida en que el vínculo se mantiene nada obstaría para que por la vía del art. 209. 3 RRC se solicitara su conservación.

*2) Supuestos en que hay extinción de vínculos con la familia anterior pero el interés del adoptando aconseja conservar los apellidos de origen.*

La regla general es que el adoptado adquiere los apellidos de sus adoptantes pero, en ocasiones, el interés del menor puede aconsejar que el



adoptando conserve sus apellidos de origen<sup>1035</sup>. Ello podrá conseguirse por la vía de los arts. 209-210 RRC o por la del art. 205 RRC.

Esta actuación se puede producir en dos supuestos. En primer lugar, cuando el menor tenga suficiente edad como para que se haya producido una identificación personal y social respecto de sus apellidos de origen. De hecho, el art. 128.3 CF prevé que “les persones adoptades majors d’edat o emancipades poden conservar els cognoms d’origen, si així ho sol·liciten en el moment de l’adopció” pues se presume que a dicha edad tal identificación ya se ha producido. En efecto, la filosofía latente detrás de este precepto es la misma más arriba comentada, a saber, que el adoptado ha sufrido un proceso de identificación personal y social respecto de sus apellidos.

Por otra parte, también podría recuperarse el apellido en el supuesto de adopción del pariente huérfano pues el mantenimiento de los vínculos con la familia de origen puede hacerlo aconsejable.

### **3.2.3.2.3. Vicisitudes de la adopción que inciden en los apellidos.**

Existen una serie de vicisitudes de la adopción que pueden dar lugar a la alteración de los apellidos. Son, por un lado, los supuestos de extinción y, por el otro, los de nulidad.

La extinción es una figura jurídica dirigida a dejar sin efecto una adopción que se ha constituido válidamente. Hay que diferenciarla, por tanto, de la nulidad pues en esta última falta precisamente el requisito de la validez. De ahí que, como regla general, la primera produzca efectos *ex nunc* y la segunda *ex tunc*.

El primer supuesto de extinción es aquél en que el juez puede acordar la extinción de la adopción cuando lo solicita el padre y/o la madre<sup>1036</sup> que, sin culpa

---

<sup>1035</sup> Técnicamente no habría, sin embargo, una conservación de los apellidos sino una segunda modificación. En efecto, por efecto automático de la adopción el adoptado modifica sus apellidos porque se sustituyen por los de sus adoptantes. En caso de acudir a los arts. 205, 209-210 RRC existirá una segunda modificación en sentido inverso pues estará dirigida a recuperar los apellidos de origen que sustituirían a los de los adoptantes. No así, como se ha dicho, en el caso de adopción del hijo del cónyuge según la regulación catalana donde los apellidos se mantienen *ex lege*.

suya<sup>1037</sup>, no hubieran intervenido en el expediente de adopción<sup>1038</sup> siempre que ello se solicite durante los dos años siguientes a la adopción y que la extinción no perjudique al menor (arts. 180 CC y 130 CF). Si se cumplen los requisitos legales, se extinguirán los vínculos de parentesco entre el adoptante y el adoptado el cual recuperará la filiación biológica<sup>1039</sup>. Fruto de ello será la extinción del vínculo con los adoptantes que, sin embargo, no alcanza la pérdida de nacionalidad ni de la vecindad civil ni tampoco los efectos patrimoniales ya producidos, según reza el art. 180.3 CC.

Nada dice la regulación sobre los apellidos pero debe tenerse en cuenta que en los supuestos de extinción, la adopción ha sido válidamente constituida por lo que, como regla general, debe entenderse que los efectos serán *ex nunc*<sup>1040</sup>. Además, el art. 131.2 CF dice que los efectos patrimoniales producidos durante la adopción se mantienen por lo que, *a sensu contrario*, debe entenderse

---

<sup>1036</sup> Entiende la doctrina que sólo podrán solicitar la extinción de la adopción los padres biológicos por lo que esta posibilidad estará vetada a los adoptivos. Así, FELIU REY, M.I.; *Op. Cit.*, pág. 214, VARGAS CABRERA, B.; *Op. Cit.*, pág. 289. Además se trata de un acto personalísimo por lo que no podrá solicitarse la extinción por los representantes legales de los padres. Así, FELIU REY, M.I.; *Op. Cit.*, pág. 217-218, VARGAS CABRERA, B.; *Op. Cit.*, pág. 289.

<sup>1037</sup> Entendemos, con VARGAS CABRERA, B.; *Op. Cit.*, pág. 290-291, que se presumirá que los padres no intervinieron en el expediente por causa que no les es imputable a ellos pues la supresión en la redacción actual de la expresión “si probasen que fue por causa no imputable a ellos” que aparecía en la redacción anterior, debe interpretarse como una inversión de la carga de la prueba. En contra, FELIU REY, M.I.; *Op. Cit.*, pág. 214, GIL MARTÍNEZ, A.; *La reforma de la adopción. Ley 21/1987, Comentarios*, Madrid, 1991, 80, GARRIGA GORINA, M.; *Op. Cit.*, pág. 606.

<sup>1038</sup> Se considera que no han intervenido en el expediente cuando, siendo preciso su asentimiento o su audiencia, éstos no se hubieran dado. Así, VARGAS CABRERA, B.; *Op. Cit.*, pág. 290 y FELIU REY, M.I.; *Op. Cit.*, pág. 214. En contra VALLADARES RASCÓN, E.; “Notas urgentes sobre la nueva Ley de adopción”, en *Poder Judicial*, 1987, pág. 56 que entiende que sólo puede causar la extinción la ausencia de asentimiento. Por otra parte, si es preciso el asentimiento y ahora los padres biológicos solicitan la extinción, se sobreentiende que no lo dieron o no lo hubieran dado por lo que si no perjudica al menor, habrá extinción. Pero si sólo era precisa la audiencia, el juez oír a los padres y la extinción acaecerá o no en función de cómo valore el juez la opciones de aquéllos. ASÍ SANCHO REBULLIDA, F.A.; *Op. Cit.*, IV-2º, pág. 213.

<sup>1039</sup> Así lo dice el art. 131.1 CF y entre la doctrina, GARRIGA GORINA, M.; “La regulació de l’adopció en el Codi de família” en *La llei de Catalunya i Balears*, 1998, nº 234, pág. 963 y MARCO MOLINA, J.; “Los efectos de la adopción” en ESPIAU ESPIAU, S.-VAQUER ALOY, A. (Eds.); *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Madrid, Barcelona, 1999, pág. 205 quien matiza diciendo que “hay un efecto personal o familiar que, creemos, nunca cabría restaurar automáticamente: la patria potestad. Así, si el progenitor o progenitores que instan con éxito la extinción de la adopción estaban en el momento de constituirse ésta privados de ella o, cuando menos, incurso en causa de privación, en ningún caso cabrá restituírsele extinguida la adopción, sino que la restauración a los efectos correspondientes a la filiación biológica deberán ceñirse al contenido mínimo...”.

<sup>1040</sup> VARGAS CABRERA, B.; *Op. Cit.*, pág. 294.

que los no patrimoniales y, por tanto los apellidos, no se mantendrán. El adoptado adquirió los apellidos de los adoptantes que vinieron a sustituir a los de los padres biológicos. En el momento de la extinción de la adopción hay una ruptura con la familia adoptiva y, en consecuencia, una recuperación de la familia biológica de la cual deriva la consiguiente adquisición de los apellidos de origen<sup>1041</sup>. En puridad de conceptos estamos ante una segunda modificación de los apellidos.

No puede alegarse aquí que ello puede resultar perjudicial para el menor pues el interés del adoptado, como principio informador en la adopción, ya habrá sido valorado por el juez a la hora de aceptar o no la conveniencia de la extinción de la adopción. Nada obsta, sin embargo, la solicitud de conservación de los apellidos que se vinieran usando conforme a la previsión de los arts. 209-210 RRC cuando existiera una identificación personal y social de los apellidos adoptivos. Ahora bien, la norma general debe ser la recuperación de los apellidos de origen en la medida en que se recupera esta filiación.

Hay un segundo supuesto de extinción de la adopción que se da cuando se produce la situación del art. 179 CC y posteriormente una segunda adopción. El art. 179 CC establece que el Juez a petición del Ministerio Fiscal, el adoptado o su representante legal acordará que el adoptante que haya incurrido en causa de privación de la patria potestad, quede excluido de las funciones tuitivas y de los derechos que le correspondan en relación al adoptado. Dejarán de producir efectos estas restricciones por determinación del propio hijo una vez alcanzada la mayoría de edad.

Esta exclusión de funciones tuitivas y derechos no conlleva una extinción de vínculos entre el adoptado y el adoptante y su familia sino que se trata de una mera suspensión unidireccional de los derechos derivados de la patria potestad<sup>1042</sup>. Por ello, el adoptado no pierde los apellidos adoptivos. La exclusión

---

<sup>1041</sup> GARRIGA GORINA, M.; *Comentari...*, pág. 608 y MARCO MOLINA, J.; *Op. Cit.*, pág. 205. En contra, VARGAS CABRERA, B.; *Op. Cit.*, pág. 295 que entiende que se mantienen los apellidos de la familia adoptiva.

<sup>1042</sup> VARGAS CABRERA, B.; *Op. Cit.*, pág. 273, VALLADARES RASCÓN, E.; *Op. Cit.*, pág. 54 quien dice que "la única solución es pensar que, en tanto no se produzca una nueva adopción, subsistirá la anterior, y el adoptado ostentará derechos respecto del adoptante, pero no a la inversa.

no conlleva por sí misma la modificación de los apellidos pero la exclusión posibilita la constitución de una segunda adopción y ésta sí conlleva la extinción de la primera<sup>1043</sup>.

Los efectos de esta segunda adopción, serán la extinción de la primera y, por tanto, la ruptura de vínculos con la familia adoptiva anterior y la adquisición de vínculos con la nueva familia adoptiva. Como consecuencia de ello se producirá una segunda modificación de los apellidos. La primera se produjo en sustitución de los apellidos de origen por los de los primeros padres adoptivos. La segunda en sustitución de los primeros apellidos adoptivos por los de la segunda familia de adopción.

La doctrina anterior a la reforma de 1987 entendía que en sede de adopción debía aplicarse la normativa general sobre nulidad de los negocios jurídicos<sup>1044</sup>. Tras la reforma de 1987 ya no puede mantenerse que la adopción es un negocio jurídico pues se trata de un acto jurídico de naturaleza procesal en el cual la resolución judicial tiene carácter constitutivo<sup>1045</sup>. Por ello no es posible aplicar la teoría general de nulidad de los negocios jurídicos sino que serán aplicables los arts. 238-243 LOPJ de nulidad procesal si bien podrán aplicarse analógicamente los arts. 1261 y ss CC en la medida en que los consentimientos y asentimientos requeridos en la adopción se estructuran en declaraciones de voluntad<sup>1046</sup>.

---

Y que, producida una nueva adopción, la anterior se extinguirá, por aplicación del art. 178.1 que se refiere a la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia *anterior*, esto, es sin distinguir si esa familia lo era por naturaleza o por adopción”, LLEDÓ YAGÜE, F.; “Comentario al Proyecto de Ley de Adopción” en *Anuario de Derecho Civil*, 1986, pág. 1217 y SANCHO REBULLIDA, F.A.; *Op. Cit.*, IV-2º, pág., 210-211.

<sup>1043</sup> VARGAS CABRERA, B.; *Op. Cit.*, pág. 274. Así debe entenderse también el art. 117.4 CF pues como dice GARRIGA GORINA, M.; *Comentari...*, pág. 606 “la interpretació que cal fer d’aquesta norma és que en el cas que els titulars de la potestad siguin privats o incorrin en causa de privació de la potestad, es podrà valorar la conveniència d’una altra adopció, tal com s’actuaría si fossin el progenitors biològics. I serà la nova adopció la que extingirà la filiació adoptiva anterior, de la mateixa manera que succeeix en la filiació per naturalesa”.

<sup>1044</sup> Así PIÑAR LÓPEZ, B.; *Op. Cit.*, pág. 185, SÁNCHEZ ROMÁN, F.; *Op. Cit.*, pág. 1106, PUIG PEÑA, F.; “Las situaciones finales en la adopción”, en *Revista de Derecho Privado*, 1948, pág. 1048-1051, y MADRUGA MÉNDEZ, J.; “La adopción”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1963, pág. 770.

<sup>1045</sup> Así SANCHO REBULLIDA, F.A.; *Op. Cit.*, IV-2º, págs. 201-202. Mantenían su configuración como negocio jurídico DE LA VALLINA, A.; “Naturaleza jurídica y acto constitutivo en la adopción” en *Revista de Derecho Privado*, 1969, pág. 446 y PUIG PEÑA, F.; *Op. Cit.*, pág. 1047.

<sup>1046</sup> VARGAS CABRERA, B.; *Op. Cit.*, pág. 281.

Sin embargo, la adopción comporta ciertas especificidades en relación a su nulidad pues deberá atenderse a criterios de flexibilidad en atención al interés del adoptado<sup>1047</sup>. En caso de que teniendo en cuenta dicho interés la adopción no se considerara nula -podríamos hablar de adopción putativa-, los apellidos adoptivos se mantendrían. En caso de que se declarase nula la adopción, ésta tendría efectos *ex tunc*, es decir, los efectos de la nulidad deberían retrotraerse al momento de su pretendida constitución<sup>1048</sup>. En relación a los apellidos, esa retroacción de los efectos de la nulidad es de difícil realización. En la práctica lo que sucedería es que se perderían los apellidos de adopción y se recuperarían los apellidos de origen en la medida en que tal adopción no fue válida. Lo que ocurre es que técnicamente no habría aquí una segunda modificación de los apellidos -la primera en el momento de la constitución de la adopción y la segunda en el de su nulidad- sino una ausencia de la primera modificación de los apellidos de tal manera que en el plano ideal o teórico los apellidos nunca habrían sido modificados.

---

<sup>1047</sup> VARGAS CABRERA, B.; *Op. Cit.*, pág. 283 y también las STSs 18 marzo 1987 y 20 abril 1987. Así, en la primera de ellas se establece que se debe “acentuar en casos como el presente el estudio y ponderación de las circunstancias específicas de cada supuesto concreto para alcanzar de este modo la solución más razonable, justa y equitativa que ponga fin definitivamente a un litigio generador de insostenibles inseguridades y dudas, a las que resulte obligado poner término en beneficio de todos y muy especialmente de la menor, cuyo interés superior debe presidir cualquier resolución al respecto. Más recientemente pero en igual sentido la STS 18 de junio de 1998.

<sup>1048</sup> CANO REVERTE, J.M.; *Op. Cit.*, pág. 333.

## CONCLUSIONES:

**Primera.** Nuestro ordenamiento jurídico protege el valor personalidad del cual derivan múltiples derechos. Todos los derechos concretos de la personalidad están recogidos como derechos fundamentales pues en un Estado de Derecho es inconcebible que los derechos más inherentes a la persona no tengan rango fundamental.

La necesidad de que transcurran veinticuatro horas desde el nacimiento para adquirir retroactivamente capacidad jurídica es discutible en el ámbito patrimonial pero es inaceptable en el ámbito de los derechos de la personalidad por ser contrario al art. 10.1 CE de forma que debe entenderse que desde el nacimiento el menor es titular de los derechos de la personalidad. Con anterioridad al nacimiento no existe titularidad ni de derechos ni de bienes jurídicos de la personalidad lo cual no quiere decir que no existan algunos bienes jurídicos en abstracto que merecen una protección limitada.

Los derechos de la personalidad son derechos subjetivos. Cuestión diferente es que el derecho subjetivo como categoría jurídica no proporcione una protección suficiente de la personalidad y los bienes jurídicos derivados de ella por lo que cuando ello sucede deben buscarse nuevas categorías jurídicas, como el interés legítimo y el derecho-función, que garanticen la tutela de dichos bienes. Los bienes jurídicos de la personalidad se protegen a través del derecho subjetivo y a través del interés legítimo inherente al derecho-función de las potestades por lo que no se trata de categorías jurídicas excluyentes sino complementarias. El bien jurídico de la personalidad es el valor jurídico protegible y el derecho subjetivo y el interés legítimo inherente a la potestad son los instrumentos jurídicos para conseguir tal objetivo.

**Segunda.** Si en el ámbito patrimonial es útil el criterio de la mayoría de edad para determinar la capacidad de obrar por la seguridad jurídica que comporta en el tráfico jurídico, no sucede lo mismo en relación a los derechos de la personalidad donde debe estarse a la existencia de madurez o no para

determinar la posibilidad de ejercer por sí mismo el derecho pues lo contrario vulneraría el art. 10.2 de la Constitución española.

Siempre que el menor tenga madurez suficiente, debe ejercer por sí mismo sus derechos de la personalidad. Debe interpretarse que el art. 162.2 CC y el art. 155.2 CF establecen que el menor podrá ejercer por sí mismo sus derechos de la personalidad cuando tenga madurez suficiente y ninguna ley exija una edad concreta y los mismos criterios deberán aplicarse para la actuación del menor en otros actos no ligados a los derechos de la personalidad.

Para ejercer los derechos de la personalidad debe estarse a la madurez del menor si bien es aconsejable establecer una franja de edad orientativa para determinar cuándo el menor posee madurez suficiente teniendo en cuenta que ello dependerá de cada menor y de la relevancia del acto que éste pretende realizar. Antes de los doce años se considera, como regla general, que el menor no tiene madurez para ejercer sus derechos de la personalidad mientras que por encima de los dieciséis años la regla es que sí existe madurez suficiente. Entre los doce y los dieciséis años existe una zona difusa en la cual debe estarse al caso concreto y a la relevancia del acto entendiendo como norma general que, salvo que el acto a realizar sea de especial gravedad, existe madurez a partir de los doce años.

La actuación del menor en el ámbito de sus derechos de la personalidad cuando tiene madurez suficiente viene limitada por la necesidad de que sus actos sean conformes al libre desarrollo de su personalidad, que no vulneren derechos de la personalidad ajenos y que la ley no exija una edad concreta para actuar.

**Tercera.** Cuando la figura del derecho subjetivo deviene inútil en aras a la tutela de los bienes jurídicos de la personalidad porque no existe madurez suficiente para ejercerlos, es preciso acudir al interés legítimo de los titulares de la patria potestad que, en la medida que ostentan un derecho-función, deben procurar la efectiva protección de los bienes jurídicos de la personalidad del menor.

La regla general es que la representación legal está excluida en el ámbito de los derechos de la personalidad del menor si bien de forma excepcional puede llegar a admitirse una representación legal especial cuando una ley prevea expresamente dicha posibilidad. El ejercicio de la representación en relación a derechos de la personalidad del menor debe ser conforme a su interés y a los usos sociales y además debe contar con la participación del menor al que debe escucharse siempre que tenga madurez y que deberá prestar su consentimiento cuando sea necesario. La actuación de los representantes legales en el ámbito de los derechos de la personalidad debe ser objeto de control previo y/o posterior por parte del Ministerio Fiscal y la autoridad judicial.

Cuando los titulares de la patria potestad protejan los bienes jurídicos de la personalidad o actúen en aras al libre desarrollo de la personalidad no estaremos ante un ejercicio de la representación legal sino de forma más amplia ante un acto en ejercicio de los deberes derivados de la patria potestad.

**Cuarta.** El interés del menor consiste en la protección de los bienes jurídicos de la personalidad del menor bien a través de la figura del derecho subjetivo permitiendo que el menor ejerza sus derechos de la personalidad cuando tenga madurez para ello, bien a través de la figura del interés legítimo de los titulares de la patria potestad o tutela que están llamados a cumplir esta función social, bien a través de la actuación de otras instituciones como el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial.

**Quinta.** Debe interpretarse que, cuando el art. 2.1 de la ley orgánica 1/1982 dice que el ámbito de protección de los derechos al honor, intimidad e imagen vendrá determinado entre otros criterios por los actos propios que mantenga cada persona para sí o su familia, quiere decirse que los actos propios de los representantes legales se deben tener en cuenta cuando suponen una ampliación del ámbito de protección de los derechos del menor pero nunca cuando implican una restricción en dicha protección.

**Sexta.** El criterio para determinar la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor, imagen e intimidad del menor es objetivo pues se tiene en



cuenta el efectivo perjuicio al margen de si ha existido consentimiento o no, es decir, en relación al menor el consentimiento no siempre es una causa de justificación porque para que determinada intromisión sea legítima es preciso no sólo la existencia de consentimiento sino también la ausencia de vulneración del interés del menor.

Cualquier uso de la imagen o el nombre del menor que suponga un menoscabo de su honor o su interés constituye una intromisión ilegítima aunque no esté contemplada expresamente en los supuestos del art. 7 de la ley orgánica 1/1982. La diferencia es que debe probarse el efectivo perjuicio del interés del menor a diferencia de lo que sucede en los supuestos del citado art. 7 de la ley orgánica 1/1982 donde el daño se presume.

**Séptima.** El derecho a la imagen tiene una vertiente personal con rango fundamental y una vertiente patrimonial con protección ordinaria si bien siempre que se ejerce la vertiente económica, como sucede en los contratos sobre la imagen, queda automáticamente afectada la vertiente personal o fundamental si bien no sucede así a la inversa.

Cuando un menor tiene suficiente madurez debe consentir la intromisión en la vertiente personal y prestar el consentimiento a la realización de la prestación personal lo cual es un auténtico consentimiento contractual por lo que, en caso de ser necesario, debe ir acompañado de los oportunos complementos de capacidad. Los padres pueden oponerse a completar la capacidad contractual del menor cuando consideren que el contrato es perjudicial para los derechos y el libre desarrollo de la personalidad.

Cuando el menor no tenga suficiente madurez, sus representantes pueden autorizar la intromisión en la vertiente fundamental de la imagen pero no pueden consentir en su nombre un contrato que conlleve la realización de una prestación personal pues no cabe aquí la representación. Los padres o el tutor realizan en este caso una promesa de hecho ajeno fruto de la cual los representantes son los obligados hasta que el menor realice en su caso la prestación prometida,

momento en el que éste pasa a ser parte de la relación contractual y, por tanto, acreedor de la contraprestación.

**Octava.** El menor con más de doce años debe consentir por sí mismo cualquier intromisión en su derecho a la imagen. Por debajo de esta edad hay que estar a la efectiva existencia de madurez teniendo en cuenta la relevancia del acto que se pretende consentir, si bien es difícil que por debajo de los siete años pueda darse madurez suficiente para consentir una intromisión en la imagen.

En relación al consentimiento contractual, desde los dieciséis años tiene el menor capacidad para celebrar un contrato sobre la imagen que conlleve una prestación personal con el necesario complemento de su capacidad por sus representantes legales salvo que el menor esté emancipado en cuyo caso puede actuar por sí mismo sin necesidad de complemento de capacidad alguno. En caso de emancipación por matrimonio, el menor puede actuar por sí mismo desde los catorce años si bien ello sólo tiene relevancia en relación a la participación en espectáculos públicos pues, salvo esta excepción, está prohibido el trabajo a los menores de dieciséis años. El menor entre doce y dieciséis años puede consentir, aunque con el necesario complemento de capacidad, los contratos sobre su imagen que comporten la realización de una prestación personal relacionada con espectáculos públicos, no así en otros ámbitos pues, como regla general, está prohibido el trabajo a los menores que no tengan dieciséis años. En relación al menor que no haya cumplido los doce años, ha de estarse a la efectiva existencia de madurez o no pues cuando no la haya debe configurarse el contrato sobre su imagen como una promesa de hecho ajeno que vincula a los representantes legales y no al menor.

**Novena.** Los contratos celebrados por el menor sin el necesario complemento de capacidad son anulables. Los contratos celebrados por los representantes sin el consentimiento del menor cuando éste sea necesario son nulos en tanto que contratos sobre la imagen del menor que le obligan a la realización de una prestación personal sin perjuicio de que puedan llegar a tener efectos para los representantes.

**Décima.** Es posible revocar el consentimiento a la intromisión en la imagen incluso cuando se hace en el ámbito de una relación contractual si bien en este caso deberá reconducirse la revocación a la figura del incumplimiento contractual. En efecto, la revocación se realiza en relación al consentimiento a la intromisión en el derecho fundamental a la imagen si bien dicha revocación tiene una repercusión directa en el vínculo contractual puesto que comporta necesariamente un incumplimiento de la prestación derivada del contrato de explotación económica de la imagen. No es que la obligación quede al arbitrio de una de las partes, pues quien cedió su derecho quedó vinculado desde que prestó el consentimiento contractual, sino que éste en tanto que deudor decide libremente no cumplir la prestación aceptando las consecuencias que el ordenamiento prevé para el incumplimiento contractual.

**Undécima.** El menor puede consentir válidamente la difusión de datos relativos a su salud desde los doce años pero cuando dicha información suponga un menoscabo de sus bienes jurídicos de la personalidad, existe intromisión ilegítima incluso si el menor ha dado su consentimiento.

El médico queda relevado del deber de secreto si descubre la existencia de maltrato físico o psíquico o abusos sexuales sobre el menor pues en el conflicto entre el derecho a la intimidad del menor y su derecho a la integridad física y psíquica deben primarse estos últimos. El médico debe informar a la autoridad competente y a los padres o tutor salvo que el maltrato o los abusos se hayan cometido por éstos en cuyo caso sólo debe informar a la autoridad judicial. También queda el médico relevado de su deber de secreto cuando lo justifique el interés público, cuando se le solicite información en relación a una prueba pericial y en supuestos de enfermedades infecciosas o epidemias. En este último caso, sin embargo, el personal sanitario está a su vez vinculado por el secreto profesional y en caso de información a la población en general deberán dissociarse los datos.

**Duodécima.** El menor tiene madurez para consentir el tratamiento de sus datos personales a partir de los doce años. Cuando la base de datos se enmarca en una actividad dirigida principalmente a menores debe someterse a una serie

de reglas y límites deontológicos con el objeto de salvaguardar el interés de los menores. Cuando las actividades vinculadas a las bases de datos no vayan dirigidas a menores tienen sus propias reglas pero no se puede hacer un uso de los datos del menor contrario a su interés por lo que en caso de ser necesario deben extraerse sus datos del fichero.

El responsable del fichero responde del posible perjuicio que pueda causar al menor con el tratamiento y el uso de los datos del menor aunque éste o sus representantes hayan consentido. Esta regla no se aplica cuando los datos se hayan recabado en internet y el perjuicio no sea imputable al responsable del fichero por haber actuado con diligencia pero sí debe contribuir dentro de sus posibilidades a evitar que dicho perjuicio vuelva a producirse.

**Decimotercera.** Como regla general el derecho al honor es disponible en aquella zona variable de su contenido que afecta a la reputación social y a la propia estima pero nunca en su contenido esencial que coincide con la dignidad que toda persona tiene. Sin embargo, esta afirmación no es válida en relación al derecho al honor del menor de edad pues la disposición del honor vulnera sus bienes jurídicos de la personalidad pues supone una disminución de su reputación social y de su autoestima. Por ello, debe afirmarse que no cabe la representación legal respecto del derecho al honor del menor pues el consentimiento no puede legitimar intromisiones contrarias al interés del menor. Por la misma razón quiebra la regla general de que el menor con madurez suficiente puede ejercer por sí mismo sus derechos de la personalidad pues el consentimiento del menor no legitima intromisiones en su honor.

**Decimocuarta.** La identificación del menor no contribuye a la formación de la opinión pública y, en cambio, perjudica al menor por lo que puede y debe informarse de un hecho delictivo pero sin identificar al menor de edad. De esta forma, no es necesario plantearse la disyuntiva de si debe primarse la libertad de información o la protección del menor pues la fórmula de la no identificación permite conjugar ambos intereses. Este criterio de no difundir la identidad del menor debe generalizarse y aplicarse a cualquier información sobre un menor de edad que pueda afectar a su derecho al honor, intimidad y propia imagen. Por

ello, los criterios de ponderación entre la libertad de información y los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen deben analizarse a la luz de esta fórmula. Así, la identificación del menor no forma parte del interés público porque es un dato que no contribuye a formar a la opinión pública. Debe existir un mayor grado de diligencia en relación a informaciones relativas a menores pues la diligencia debe aplicarse no sólo en la comprobación de la veracidad de los hechos sino también en la comprobación de que dichos hechos, siendo veraces, no menoscaban el interés del menor pues en ese caso sería necesario mantener su anonimato. Quien ejerce la libertad de información deberá actuar conforme a criterios éticos de profesionalidad.

**Decimoquinta.** El consentimiento del menor o el de sus representantes legales no es suficiente para legitimar la intromisión en los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen cuando ésta efectivamente vulnera el interés del menor porque se tiende a objetivar la responsabilidad por los daños causados en el honor, la intimidad y la propia imagen del menor. Con mayor razón los actos propios del menor no pueden ser tenidos en cuenta en relación a la disminución del ámbito de protección de sus derechos y los de sus representantes legales tampoco salvo que contribuyan a aumentar el ámbito de protección del derecho.

**Decimosexta.** El menor debe ser informado de su situación médica de forma que le resulte comprensible, adecuando la explicación a su madurez y desarrollo. Se presume que el menor con dieciséis años tiene capacidad para consentir por sí mismo los tratamientos e intervenciones médicas. Por debajo de los doce años presume que el menor no tiene madurez para consentir mientras que entre los doce y los dieciséis años deberá estarse al caso concreto sin que pueda establecerse una regla fija *a priori* pues la determinación de la capacidad del menor dependerá de la gravedad de su situación médica, de la razonabilidad o no de la postura del menor, de la libertad con que tome la decisión y de su grado de desarrollo intelectual.

**Decimoséptima.** Si el menor tiene capacidad para prestar el consentimiento, debe primar su opinión respecto a la de los padres o tutor si bien éstos pueden acudir a la autoridad judicial en caso de no estar conformes con la

decisión tomada por el menor. Si el menor no tiene madurez, son los padres o tutor quienes deben tomar la decisión después de oír al menor si bien en caso de que éstos actúen de forma contraria al interés del menor, los médicos deberán acudir a la autoridad judicial.

La actuación de los padres o el tutor en el ámbito médico no es propiamente un ejercicio de representación legal sino el cumplimiento del deber de velar por los bienes jurídicos de la personalidad del menor de edad.

**Decimoctava.** El derecho al nombre es en parte una institución de orden público y en parte un derecho de la personalidad reconocido como derecho fundamental pues aunque la Constitución no lo recoge de forma expresa debe considerarse incardinado en el derecho a la intimidad y a la imagen reconocidos en el art. 18 CE en base a las cláusulas de reintegración del art. 10.1 y 10.2 de la Carta Magna.

**Decimonovena.** El menor tiene derecho a que le sea asignado por sus representantes legales un nombre propio que respete su dignidad y libre desarrollo de su personalidad, que garantice la función de individualización y de identificación y que respete el orden público.

**Vigésima.** En la medida en que el derecho al nombre es un derecho de la personalidad, debe aplicarse la regla de los arts. 162 CC y 155 CF según la cual el menor que tenga suficiente madurez puede ejercer sus derechos de la personalidad por sí mismo de lo cual se deduce que el menor con capacidad puede solicitar por sí mismo la modificación de su nombre propio y sólo cuando carezca de dicha capacidad pueden solicitarlo sus representantes legales en aras a la consecución de su dignidad y libre desarrollo de su personalidad y dándole audiencia cuando tenga madurez para ello. Sin embargo, no es así como está procediendo la Dirección General de Registros y Notariados que exige la mayoría de edad para poder solicitar la modificación del nombre propio y requiere la intervención de los representantes legales en relación a la modificación del nombre de los hijos menores de edad dándoles audiencia cuando tienen madurez para ello.

**Vigesimoprimera.** Los padres deben actuar conjuntamente o el uno con el consentimiento tácito o expreso del otro en el ejercicio de la patria potestad pero en caso de desacuerdo sobre el nombre que debe imponerse al menor o su modificación debe acudir al juez para que atribuya a uno u otro progenitor la facultad de decisión en aquél caso.

**Vigesimosegunda.** El hijo menor de edad con madurez suficiente debe poder oponerse a la modificación de su apellido por modificación del apellido de su progenitor en base a la identificación psicológica que puede existir. Sin embargo la ley considera automática la modificación del apellido de los hijos sujetos a patria potestad lo cual excluye a los menores emancipados.

**Vigesimotercera.** El hijo mayor de edad puede invertir el orden de sus apellidos aunque ya lo hayan hecho sus progenitores en el momento de su imposición pues mientras que la facultad de los padres responde a la igualdad entre los progenitores con independencia de su sexo, la posibilidad de invertir el orden por el hijo tiene como fundamento la llamada del ordenamiento jurídico a la intervención del individuo en la composición de sus apellidos dada la naturaleza de derecho de la personalidad del derecho al nombre.

**Vigesimocuarta.** En la adopción se produce una extinción de los vínculos respecto de la familia biológica lo cual supone la pérdida de los apellidos de la familia de origen y la adquisición de los apellidos de la familia adoptiva. Sin embargo excepcionalmente no se produce la extinción de vínculos con la familia biológica en los casos de adopción del hijo del cónyuge cuando el otro progenitor ha fallecido ni en la adopción entre parientes lo cual supone algunas reglas especiales en relación a los apellidos. En el régimen del CC se adquieren los apellidos de la familia adoptiva salvo que se solicite la conservación de los anteriores por los adoptantes o el hijo mayor de edad, si bien sería aconsejable que la ley permitiera solicitarlo al menor que tenga doce años. En el régimen del CF se conservan los apellidos de la familia de origen cuando se mantengan los vínculos con dicha familia sin necesidad de solicitarlo.

## BIBLIOGRAFÍA:

AGUILERA FERNÁNDEZ, Antonio; *La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa e información (Posibilidades y límites constitucionales)*, Granada, 1990.

ALBACAR LÓPEZ, José Luis; "La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales", en *La ley*, 1984, págs. 1198-1211.

- "Aspectos jurídicos de la manipulación genética: inseminación artificial", en *La Ley*, 1985, nº 4, págs. 1051-1055.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel; *Derecho Civil*, I-1º, Barcelona, 1996.

- "Desde el instante en que nace, todo niño es persona e inscribible en el Registro", *Revista de Derecho Privado*, 1997.

- "La representación", en *Anuario de Derecho Civil*, 1958, Tomo XII.

ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel; *El derecho a la propia imagen*, Madrid, 1997.

ALFARO AGUILA-REAL, Jesús; "Autonomía privada y derechos fundamentales", en *Anuario de Derecho Civil*, 1993, nº1, 57-122.

ALONSO OLEA, Manuel- CASAS BAAMONDE, María Emilia; *Derecho del trabajo*, Madrid, 1995.

ALONSO PÉREZ, Mariano; "La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Luces y sombras", en *Actualidad Civil*, 1997-1, marg. 17, ref II.

ALSTON, P.-PARKER, S.-SEYMOUR, J.; *Childrens, Rights and the Law*, Oxford, 1992.

ALSTON, Philip.; *The best interest of the child*, Oxford, 1994.

AMAT i LLARI, Eulàlia; "El derecho a la propia imagen como derecho de la personalidad y como derecho patrimonial. Comentario a la STC de 26 de marzo de 2001", en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2003, nº 2.

- *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*, Madrid, 1992.

APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel; "La cláusula interpretativa del art. 10.2 de la Constitución Española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales", en *Jueces para la Democracia*, 1989, nº 6, págs. 918.

APILLUELO MARTÍN, Margarita; *La relación de trabajo del menor de edad*, Madrid, 1999.



ARANDA RODRÍGUEZ, Remedios; *La representación legal de los hijos menores*, Madrid, 1999.

ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín; “La reforma de la adopción en las leyes de 13 de mayo y de 7 de julio de 1981 y la hipótesis de un nuevo planteamiento legal de la filiación adoptiva”, en *Documentación Jurídica*, 1982, nº 6, págs. 201-230.

ARCHARD, David; *Children: Rights and Childhood*, London-New York, 1993.

ARROYO ZAPATERO, Luis; “Los menores y los incapaces ante el aborto y la esterilización”, en *Estudios criminológicos*, Vol. XI, Santiago de Compostela, 1988.

AZURMENDI ADARRAGA, Ana; *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Madrid, 1997.

BADENAS CARPIO, Juan Manuel; *Apoderamiento y representación voluntaria*, Pamplona, 1998.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; *Manual de Derecho Penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, Madrid, 1986.

BAINHAM, Andrew; *Children: The Modern Law*, Bristol, 1998.

BALADO RUIZ-GALLEGOS, Manuel; “En torno al concepto de derecho fundamental en la Constitución de 1978”, en *Introducción a los derechos fundamentales*, Vol. I, Ministerio de Justicia, 1988, págs. 337-357.

BALAGUER CALLEJÓN, M<sup>a</sup> Luisa; *El derecho fundamental al honor*, Madrid, 1992.

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María; *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Madrid, 1997.

BARROSO, Porfirio-LÓPEZ TALAVERA, M<sup>a</sup> del Mar; *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*, Madrid, 1998.

BATLLE, Manuel; “El derecho al nombre”, en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 1931, nº 159, págs. 257-332.

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José; *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad. Discursos leídos ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1976.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo; *Derecho de la persona*, Madrid, 1976.

- “La protección jurídica de la persona en relación con su internamiento voluntario en centros sanitarios o asistenciales por razones de salud”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1984.

- *Comentario a las reformas del derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984, págs. 1043-1057.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; *Honor y libertad de expresión*, Madrid, 1987.

BESSONE, Mario; “Personalità del minore, funzione educativa dei genitori e garanzia costituzionale dei diritti inviolabili”, en *Giurisprudenza di merito*, 1975, págs. 346-353.

BIGLIAZZI GERI, Lina; *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967.

BLANCO CORDERO, Isidoro-SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel; “Problemas de derecho penal internacional en la persecución de delitos cometidos a través de internet”, en *Actualidad Penal*, 2002, nº 7.

BLASCO Y GASCÓ, Francisco de Paula-GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> Carmen; *La nueva regulación de la filiación en el Derecho catalán*, Valencia, 1992.

BLIN, Henri-CHAVANNE, Albert-DRAGÓ, Roland; *Traité du Droit de la Presse*, París, 1969.

BOBBIO, Norberto; “Presente y porvenir de los derechos humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, 1981, nº 1.

BOCCACCIO, Simoneta-DOGLIOTTI, Massimo; “L'interesse del minore”, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1988-II.

BONDÍA ROMÁN, F.-RODRÍGUEZ TAPIA, J.; *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual (Texto Refundido, RD Leg. 1/1996 de 12 de abril)*, Madrid, 1997.

BORRAJO DACRUZ, Efrén; “La capacidad para contratar la prestación de servicios”, en *Revista de Derecho Notarial*, 1960.

BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría; “El interés del menor como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado” (Discurs de l'acadèmic de número Dra. Alegría Borràs), en *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona, 1994, nº 4, págs. 915-967.

BRANDEIS, Louis-WARREN, Samuel; *El derecho a la intimidad*, Madrid, 1995.

BUENO ARÚS, “El consentimiento informado del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico y la LGS”, en *Estudios de Derecho penal y criminología*, Tomo I, Madrid, 1989.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dirigido por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart), Madrid, 1993, págs. 761-816.

CABEZUELO ARENAS, Ana Laura; *Derecho a la intimidad*, Madrid, 1998.

CALZADA CONDE, Rogelio; “La garantía normativa de la rigidez: ¿especial protección de los derechos fundamentales y libertades públicas?”, en *Introducción a los derechos fundamentales*, Vol. I, Ministerio de Justicia, 1988, págs. 387-406.

CÁMARA ÁGUILA, M<sup>a</sup> del Pilar; *El derecho moral de autor. Con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor*, Granada, 1998.

CAMPBELL, Tom D.; “The rights and wrongs of the minor: as a person, as a child, as a juvenile, as future adult”, en ALSTON, P.-PARKER, S.-SEYMUR, J.; *Childrens, Rights and the Law*, Oxford, 1992.

CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, Buenaventura; “La adopción y figuras similares ante la nueva regulación”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1959, nº 368-369.

CANO REVERTE, José María; “La nueva adopción”, en *Revista de Derecho Notarial*, 1971, nº72, págs. 7-416.

CARRASCO PERERA, Ángel; “El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1984, nº 11.

CARRILLO, Marc; “Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor”, en *Derecho Privado y Constitución*, 1996, nº 10.

CASAS BAAMONDE, María Emilia-ALONSO OLEA, Manuel; *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1995.

CASTÁN TOBEÑAS, José; *Derecho civil español, común y foral*, vol. 1-II, Madrid, 1984.

-“Los derechos de la personalidad”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1952, Tomo XXIV, nº 192, págs. 6-62.

-*Situaciones jurídicas subjetivas*, Madrid, 1963.

CASTÁN VÁZQUEZ, José María; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, III-2, Madrid, 1982.

CASTELLANO ARROYO, María-ROMEO CASABONA, Carlos; “La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica”, *Derecho y Salud*, 1993, Vol. 1, nº 1.

CASTRO LUCINI, Francisco; “La nueva regulación legislativa de la adopción”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1971, nº 482-485, págs. 41-73.

- “Algunas consideraciones sobre los requisitos de la adopción: III. Forma o procedimiento”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1970, págs.

CHAVANNE, Albert-BLIN, Henri-DRAGÓ, Roland; *Traité du Droit de la Presse*, París, 1969.

CHICO ORTIZ, José María; “La adopción y el registro de la Propiedad”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1970, nº 481, págs. 1401-1481.

CICU, Antonio-MESSINEO, Francesco; *Trattato di diritto civile e commerciale*, Tomo IV-1, Milano, 1973.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto; “Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la Ley Orgánica 1-1982, de 5 de mayo”, *Anuario de Derecho Civil*, 1983, nº 4, págs. 1243-1261.

- “Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad”, en *Libro homenaje al Profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1984.

- “Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1994, fasc. III

COCA PAYERAS, Miguel; *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Bolonia, 1988.

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis; *Honor, intimidad e imagen. Un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982*, Barcelona, 1996.

- “El consentimiento en la ley 1/1982 de 5 de mayo, con especial referencia al prestado por menores e incapaces”, en *La ley*, 1997-1, D-11.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido; “La intervención del Ministerio Fiscal en la autorización prestada por menores e incapaces a las intromisiones en su honor, intimidad y derecho a la propia imagen”, en *Revista General de Derecho*, 1984, nº 475-476.

CONDE OLASAGASTI, José Luis; “El derecho a la intimidad y las necesidades de la investigación y la evaluación en el ámbito sanitario”, en [www.seis.es/informe/2001/PDF/3 Conde.pdf](http://www.seis.es/informe/2001/PDF/3%20Conde.pdf)

CONSELL DELS IL.LUSTRES COL.LEGIS D’ADVOCATS DE CATALUNYA; *Informe sobre el projecte del Codi de Família*.

CORDÓN MORENO, Faustino; "De nuevo sobre la legitimación", en *Revista de Derecho Procesal*, 1997, nº 1.

CREMADES GARCÍA, Purificación-SAURA ALBERDI, Beatriz-TUR AUSINA, Rosario; "La alteración en el orden de los apellidos. Aspectos constitucionales y civiles de una reforma legislativa", en *Revista General del Derecho*, 2000, nº 672, págs. 10839-10855.

CREMADES, Javier; *Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*, Madrid, 1995.

CREVILLÉN SÁNCHEZ, Clemente; *Derechos de la personalidad. Honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*, Madrid, 1994.

CRISTÓBAL-MONTÉS, Ángel; "Naturaleza jurídica y efectos de la obligación que nace de la promesa de hecho ajeno", en *Revista de Derecho Privado*, 1974, nº 58.

CUCHI DENIA, Javier Manuel; "La nueva regulación penal del derecho al honor y su incidencia en la libertad de información", en *Revista General del Derecho*, 1998, nº 649-650.

- "La libertad de información versus el derecho al honor ¿De la técnica de la ponderación a la prevalencia de la primera?", en *Revista General del Derecho*, 1996, nº 619.

CUEVAS CASTAÑO, José Javier; "Visión crítica de la escritura de adopción", en *Revista de Derecho Notarial*, 1979, págs. 397-449.

DABIN, Jean; *El derecho subjetivo*, Madrid, 1955.

DE ÁNGEL YAGÚEZ, Ricardo; "Problemas legales de la historia clínica en el marco hospitalario", en *La ley*, 1987-1.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico; *Derecho civil de España. Derecho de la persona. La persona y su estado civil*, Tomo II, Parte 1ª, Madrid, 1952.

-*Derecho Civil de España*, Madrid, 1984.

"Los llamados derechos de la personalidad", en *Anuario de Derecho Civil*, 1959, págs. 1236-1275.

DE COSSÍO, Manuel; *Derecho al honor. Técnicas de protección y límites*, Valencia, 1993.

DE CUPIS, Adriano; *I diritti della personalità*, en CICU, A.-MESSINEO, F.; *Trattato di diritto civile e commerciale*, Tomo IV-1, Milano, 1973.

- *I diritti della personalità*, en CICU, A.-MESSINEO, F.; *Trattato di diritto civile e commerciale*, Tomo IV-2, Milano, 1961.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo III, Vol. 1º, Madrid, 2000.

DE LAMA AYMÁ, Alejandra; "Derecho a la libre formación de la conciencia ideológica y religiosa y derecho a la educación", en *La protección civil de las personas sometidas a manipulación mental*, Valencia, 2003.

DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás; "Tratados internacionales y apertura de los derechos fundamentales", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1991, nº 61.

- *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid, 1981.

DE LA VÁLGOMA, María; "Comentario a la ley orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen", en *Anuario de Derechos Humanos*, 1983, Tomo II.

DE LA VALLINA DÍAZ, Alejandro; "Naturaleza y acto constitutivo en la adopción", en *Revista de Derecho Privado*, 1969, págs. 437-456.

DE LUCAS, Javier-VIDAL, Ernesto; "El catálogo de derechos en la Constitución española de 1978: ¿una lista cerrada?", en *Introducción a los derechos fundamentales*, Vol. I, Ministerio de Justicia, 1988, págs. 629-635.

DE PABLO CONTRERAS, Pedro; *Comentarios a las reformas del Código Civil* (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo), Madrid, 1993.

DELGADO ECHEVERRÍA en LACRUZ BERDEJO, J.L.; *Elementos de Derecho Civil*, I-2º, Madrid, 2000.

- *Elementos de Derecho Civil*, I-3º, Madrid, 2000.

DESANTES GUANTER, J.M.; "Fundamentación jurídica del ordenamiento especial de la información juvenil e infantil", en *Teoría y práctica de las publicaciones infantiles y juveniles*, Ministerio de Cultura, 1978.

DESANTES GUANTER, José Mª-SORIA, Carlos; *Los límites de la información*, Madrid, 1991.

DESBOIS, H.; *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 1978.

DÍAZ VELASCO, Manuel; "El derecho al nombre civil y la propiedad industrial", en *Revista de Derecho Privado*, 1948, págs. 659-675.

DIÉGUEZ CUERVO, Gonzalo; *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1991.

DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús; "Resumen de la doctrina de la Dirección general de los registros y del notariado desde la reforma del

Reglamento del Registro Civil de 1986 hasta el 31 de diciembre de 1988”, en *Actualidad Civil*, 1989-2, ref. 599, págs. 2069-2088.

DÍEZ GÓMEZ, Aurelio; “El nombre de las personas en el Derecho español”, en *Revista Jurídica del Notariado*, 1993, julio-septiembre, págs. 69-131.

DÍEZ PICAZO, Luis-GULLÓN BALLESTEROS, Antonio; *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, Madrid, 1992.

- *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, Madrid, 1993.

- *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, Madrid, 1998.

DÍEZ PICAZO, Luis; *Familia y Derecho*, Madrid, 1984.

- *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979.

DODD, Mike; “Children and crime stories”. *Media Law Guide*, en <http://mediapoint.press.net/services/>.

-DOGLIOTTI, Massimo; “Chè cosa è l’interesse del minore?”, en *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1992, p. 1086-1101.

- “I diritti del minore e la convenzione dell’ONU”, en *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1992, p. 301-312.

- “L’interesse dei figli nella separazione (a proposito di una ricerca interdisciplinare)”, en *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1990, p. 221-225.

- “Sul concetto di diritto minorile: Autonomia, favor minoris, principi costituzionali (A proposito di un recente contributo di dottrina)” en *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1977, parte II.

- “Principi della costituzione e ruolo sociale della famiglia” en *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1977, Parte II.

DOGLIOTTI, Massimo-BOCCACCIO, Simoneta; “L’interesse del minore” en *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1988, parte II.

DONNIER, Marc; “L’interêt de l’enfant”, en *Recueil Dalloz*, 1959, págs. 179-182.

DRAGÓ, Henry-CHAVANNE, Albert-BLIN, Henri; *Traité du Droit de la Presse*, París, 1969.

DUGUIT, Léon; *Las transformaciones del derecho público y privado*, Buenos Aires, 1975.

DUVAL ARNOULD, Domitille; *Le corps de l’enfant sous le regard du Droit*, París, 1994.

EEKELAAR, John; "The emergence of children's rights", en *Oxford Journal of Legal Studies*, 1986, nº 2, vol. 6, págs. 161-182.

- "The interests of the child and child's wishes: the role of dynamic self-determinism", en *International Journal of Law and the Family*, 1994, nº 8, págs. 42-61.

- "Families and children: from welfarism to rights", en McCRUDDEN, Christopher-CHAMBERS, Gerard; *Individual rights and the law in Britain*, Oxford, 1994, págs. 301-333.

- "The interests of the child and child's wishes: the role of dynamic self-determinism", en ALSTON, Philip; *The best interests of the child*, Oxford, 1994, págs. 42-61.

EGEA FERNÁNDEZ, Joan; *Comentarios a las reformas del Código Civil* (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo), Madrid, 1993.

- "La protecció de menors a Catalunya. Els diferents règims de protecció", en *V Jornades de Dret Català a Tossa. Cent anys de Codi Civil des de Catalunya*, Barcelona, 1990.

EL PAÍS; *Libro de Estilo. El País*, Madrid, 1999.

ESPADA RAMOS, María Luisa; "El efecto directo y los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por España", en *Introducción a los derechos fundamentales*, Vol. II, Ministerio de Justicia, 1988, págs. 1201-1217.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego; "Libertad religiosa y protección a la salud en la transfusión de sangre", en *Anales de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia*, 1996, nº 26.

ESPINAR VICENTE, José M<sup>a</sup>; "La primacía del derecho a la información sobre la intimidad y el honor", en GARCÍA SAN MIGUEL RODRÍGUEZ-ARANGO, Luis; *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Madrid, 1992.

ESTRADA ALONSO, Eduardo; *El derecho al honor en la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo*, Madrid, 1988.

FELDMAN, David; *Civil liberties and human rights in England and Wales*, 1993

FELIU REY, Manuel Ignacio; *Comentarios a la ley de adopción*, Madrid, 1989.

FERNÁNDEZ, E.; "El problema del fundamento de los derechos humanos", en *Anuario de Derechos Humanos*, 1981, nº 1.

FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T.; "Tratados internacionales y apertura de los derechos fundamentales", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1991, nº 61.



FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio; "El problema del fundamento de los derechos humanos", en *Anuario de Derechos Humanos*, 1981, nº 1, págs. 73-112.

FERNÁNDEZ VIVANCOS, Guillermo; "Orden de prelación que deben ocupar los apellidos del adoptante respecto a los naturales del adoptado", en *Revista General del Derecho*, 1951, págs. 18-23.

FERRER RIBA, Josep; "Derechos del menor, relaciones familiares y potestades públicas para la protección de la infancia y la adolescencia en Cataluña", en *Derecho Privado y Constitución*, 1995, nº7, págs. 31-85.

FLORENSA I TOMÁS, Carles Enric; *El defensor judicial*, Madrid, 1990.

FOLGUERA CRESPO, José; "Protección del menor y libertad de información", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 1993, nº 127.

FORLATI, Laura; "Libertà del minore e famiglia negli atti internazionali sui diritti dell'uomo", en *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Milano, 1980.

FORNER Y DELAYGUA, Joaquín-Juan; *Nombres y apellidos. Normativa interna e internacional*, Barcelona, 1994.

FORTIN, Jane; *Children's Rights and the Developing Law*, London-Edimburg-Dublin, 1998.

FOX HARDING, Lorraine; *Perspectives in child care policy*, New York, 1997.

FREEDMAN, M.D.A.; "Children's Rights: a test-case for the theories of rights", en *Legal Rights and Social Democracy. Essays in Legal Political Philosophy*, Oxford, 1982.

- *The rights and wrongs of childrens*, London-Dover, 1983.

GALÁN CORTÉS; *EL consentimiento informado del usuario en los servicios sanitarios*, Madrid, 1997.

GALLARDO MESEGUER, Marcos; "Código ético de publicidad en Internet", en *Carta Mercantil*, 2000, nº 16.

GAMBÓN ALIX, Germán; *La adopción*, Barcelona, 1960.

GARCÍA ALBERO, Ramón-MORALES PRATS, Fermín; *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal* (Coord. MORALES PRATS, F.-QUINTERO OLIVARES, G.), Cizur Menor, 2002.

GARCÍA ARÁN, M-MUÑOZ CONDE, F.; *Lecciones de Derecho Penal. Primera Parte: Fundamentos de Derecho Penal*, Sevilla, 1991.

GARCÍA CANALES, M.; “Principios generales y principios constitucionales”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 64 (nueva época), 1989, págs. 131-162.

GARCÍA CANTERO, Gabriel; “Las reforma de la filiación”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1983, nº 254, págs. 133-152.

GARCÍA GOYENA, Florencio; *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Tomo I-II, Barcelona, 1973.

GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel; “Estado democrático y libertad de expresión”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1982, nº 64.

GARCÍA PÉREZ, Carmen; *Titulares de los bienes jurídicos de la personalidad: legitimación para ejercerlos. Especial referencia a la Ley Orgánica 1/1982*, Valencia, 2001.

GARCÍA SAN MIGUEL RODRÍGUEZ-ARANGO, Luis; *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Madrid, 1992.

GARCÍA VARELA, Román; “Nulidad de documento sobre consentimiento anticipado de la adopción”, en *La ley*, nº 6, 1999, págs. 1850-1851.

GARCÍA VITORIA, Aurora; *El derecho a la intimidad en el Derecho penal y en la Constitución de 1978*, Pamplona, 1983.

GARRIGA GORINA, Margarita; *Comentaris al Codi de Família, a la llei d'unions estables de parella i a la llei de situacions convivencials d'ajuda mútua* (Dir. EGEA FERNÁNDEZ, Joan-FERRER RIBA, Josep), Madrid, 2000, págs. 587-608.

- “La regulació de l'adopció en el Codi de Família”, en *La llei de Catalunya i Balears*, 1998, nº 234.

GARRORENA MORALES, Ángel; *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Madrid, 1992.

GARUTTI, Massimo; *Il diritto all'onore e la sua tutela civilistica*, Padua, 1985.

GARZÓN REAL, Baltasar; “Responsabilidad civil, negligencia profesional e imprudencia médico-sanitaria”, en *La ley*, 1987-4.

GAVIDIA, J.-MONTÉS PENADES, V.L.; *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984.

GERPE LANDÍN, M.-FERNÁNDEZ FRUTOS, M.-MATEU VILASECA-RODRÍGUEZ SANTAMARÍA, M.J.-VALLÈS VIVES, F.; “El conflicte entre la llibertat d'informació i el dret a l'honor en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1997, nº 2-3.

GETE-ALONSO I CALERA, M<sup>a</sup> Carmen- BALCO Y GASCÓ, Francisco de Paula; *La nueva regulación de la filiación en el Derecho Catalán*, Valencia, 1992

GETE-ALONSO I CALERA, M<sup>a</sup> Carmen; “L’adopció i acolliment de menors i l’acolliment a la tercera edat”, en *Papers d’Estudis i Formació*, nº 7, 1991, págs. 101-112.

- “Comentario breve de la regulación de la filiación en la Ley 9/1998 de 15 de julio, del Código de Familia” en *La Ley de Catalunya i Balears*, 1998, nº 233, págs. 945-956.

- *Comentaris al Codi de Família, la llei d’unions estables de parella i a la llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, Madrid, 2000, págs. 475-522.

- *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Madrid, 1985.

- “Protección del menor, consentimiento en el ámbito de las intervenciones sanitarias y libertad ideológica (A propósito de la STS , Sala de lo Penal, de 27 de junio de 1997), en *La notaría*, 1998, nº 11-12

GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> del Carmen; *Derecho de familia vigente en Cataluña*, Barcelona, 2003.

GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> del Carmen, PUIG FERRIOL, Lluís, HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, GIL RODRÍGUEZ, Jacinto; *Manual de Derecho Civil*, vol. I, Madrid, 1997.

- *Manual de Derecho Civil*, vol. I, Madrid-Barcelona, 2001

GIACOBBE, G.; “L’identità personale tra dottrina e giurisprudenza. Diritto sostanziale e strumenti di tutela”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1983, nº3, págs. 810-887.

GIARDINA, Francesca; “I rapporti personali tra genitori e figli alla luce del nuovo diritto di famiglia”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1977, págs.1353-1389.

GIL MARTÍNEZ, Antonio; *La reforma de la adopción. Ley 21/1987, Comentarios*, Madrid, 1991.

GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> del Carmen, PUIG FERRIOL, Lluís, HUALDE SÁNCHEZ, José Javier; *Manual de Derecho Civil*, vol. I, Madrid, 1997.

GIMÉNEZ CABEZÓN, José Ramón-SÁNCHEZ-CARO, Javier; *Derecho y sida*, Madrid, 1995.

GIMÉNEZ CORTÉS, J.; *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (dir. Óscar Alzaga Villaamil), Madrid, 1999.

GIMENO SENDRA, Vicente; "La legitimación del Ministerio Fiscal en los procesos de amparo", en *La ley*, 1999, Tomo 3.

GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel; "Imagen (Derecho a la propia)", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XI, Barcelona, 1962.

- "El derecho a la propia imagen, hoy", en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Vol. VI, Madrid, 1988.

GORDILLO CAÑAS, A.; *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Madrid, 1986.

GOMES CANOTILHO, J.J.-MOREIRA, V.; *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. 1º, Coimbra, 1984.

GÓMEZ-FERRER MORANT, R.; "Derecho a la tutela judicial y posición jurídica peculiar de los poderes públicos", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1982, nº 33.

GONZÁLEZ LÓPEZ, Javier; *El derecho de autor y su protección en el art. 20.1 b) de la Constitución*, Valencia, 1997.

GONZÁLEZ LÓPEZ, Marisela; *El derecho moral de autor en la ley española de propiedad intelectual*, Madrid, 1993.

GONZÁLEZ PACANOWSCA, Isabel; "Notas sobre la protección del menor en la esfera de los denominados "derechos de la personalidad" con especial referencia a la imagen", en *La tutela de los derechos del menor. 1º Congreso Nacional de Derecho Civil*, 1984, Córdoba.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; *La degradación del derecho al honor (honor y libertad de información)*, Madrid, 1993.

GORDILLO CAÑAS, Antonio; *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Madrid, 1986.

- "Nombre" en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995.

GRECO, Paolo-VERCELLONE, Paolo; *I diritti sulle opere dell'ingegno*, Torino, 1974.

GRIMALT SERVERA, Pedro; *La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales*, Granada, 1999.

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, DÍEZ-PICAZO, Luis; *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Madrid, 1992.

- *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, Madrid, 1993.

- *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, Madrid, 1998.

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio; "Sobre la ley 1/1996, de protección jurídica del menor", en *La ley*, 1996, D-40.

- "La promesa de hecho ajeno", en *Anuario de Derecho Civil*, 1964, nº XVII.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo; "A vueltas con la legitimación: en busca de una construcción estable", en *Revista del Poder Judicial*, 1999, nº 54.

HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, PUIG FERRIOL, Lluís, GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> del Carmen, GIL RODRÍGUEZ, Jacinto; *Manual de Derecho Civil*, vol. I, Madrid, 1997.

- *Manual de Derecho Civil*, vol. I, Madrid-Barcelona, 2001.

HERVADA, Javier; "Concepto jurídico y filosófico de persona", en *La ley*, 1981, nº1, págs. 942-946.

HERNÁNDEZ GIL, A.; "La persona en la Constitución", en *Obras Completas*, Tomo 7, Madrid, 1988.

HERRERO-TEJEDOR, Fernando; *Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, 1990.

- *La intimidad como derecho fundamental*, Madrid, 1998.

HORMAZÁBAL MALERÉE, Hernán; *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, Barcelona, 1991.

IANNI, Paolo; "Potestà dei genitori e libertà dei figli", en *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1977, 865-897.

IGARTÚA ARREGUI, Fernando; "La protección de los aspectos personales y patrimoniales de los bienes de la personalidad tras la muerte de la persona", en *La ley*, 1990-1.

"EL derecho a la imagen en la jurisprudencia española", en SALVADOR CODERCH, Pablo; *El mercado de las ideas*, Madrid, 1990.

IGLESIAS REDONDO, Julio Ignacio; *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Barcelona, 1996.

JAÉN VALLEJO, Manuel; *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Madrid, 1992.

JADAD, Alejandro; *El País*, 11 de julio de 1999.

JORDANO FRAGA, Francisco; "La capacidad general del menor", en *Revista de Derecho Privado*, 1984, págs. 883-904.

LACRUZ BERDEJO, José Luis; *Elementos de Derecho Civil. Parte general del Derecho Civil*, I-2º, Barcelona, 1990.

LARA AGUADO, Ángeles; *El nombre en Derecho Internacional Privado*, Granada, 1998.

LARENZ, Karl; "El derecho general de la personalidad en la jurisprudencia alemana", en *Revista de Derecho Privado*, 1963.

- *Tratado de Derecho Civil. Parte General* (Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picarea), Jaén, 1978.

LAURENZO COPELLO, Patricia; "Reflexiones sobre la reforma del aborto", en *Actualidad Penal*, 1994-1, nº VII.

LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel (coord.); *Los menores en el Derecho español*, Madrid, 2002.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis; "Sobre el concepto de situación jurídica y sus aplicaciones", en *Revista de Derecho Privado*, 1963.

LEMA DÍAZ, Teresa; "Datos biológicos y adopción. La aplicación del art. 28 de la Ley 37/91, de 30 de diciembre, del Parlament de Catalunya", en *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4, 1994, págs. 999-1007.

LINACERO DE LA FUENTE, María; *El nombre y los apellidos*, Madrid, 1992.

LLAMAZARES CALZADILLA, M<sup>a</sup> Cruz; *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Madrid, 1999.

LLEBARÍA SAMPER, Sergio; *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores (Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre)*, Barcelona, 1990.

LLEDÓ YAGÜE, Francisco; "Comentario al proyecto de Ley de Adopción", en *Anuario de Derecho Civil*, 1986, págs. 1193-1217.

LÓPEZ DÍAZ, Elvira; *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*, Madrid, 1996.

LÓPEZ FRÍAS, M<sup>a</sup> Jesús; "El ejercicio de los derechos personalísimos de los enfermos psíquicos", en *Revista de Derecho Privado*, 1999.

LÓPEZ JACOISTE, José Javier; "Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad", en *Anuario de Derecho Civil*, 1986, págs. 1059-1120.

LÓPEZ ORTEGA, Juan José; "Libertad de expresión y responsabilidad por los contenidos en Internet", en *Internet y Derecho Penal (Cuadernos de Derecho Judicial)*, Madrid, 2001.

LÓPEZ TALAVERA, M<sup>a</sup> del Mar-BARROSO, Porfirio; *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*, Madrid, 1998.

LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, Javier- PALOMARES BAYO, Magdalena (coords.); *El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital. Análisis de la legislación europea, nacional y autonómica. Estudio de su evolución jurisprudencial*, Granada, 2002.

LUCES GIL, Francisco; *El nombre civil de las personas naturales en el ordenamiento jurídico español*, Barcelona 1977.

- "Introducción al estudio de los principales signos verbales complementarios de individualización de las personas naturales", en *Pretor*, 1977, nº96, págs. 5-28.

LUNA SERRANO, Agustín; *Elementos de Derecho Civil. Derechos reales*, III-1, Madrid, 2000.

MacCORMICK, Neil; "Children's rights: a test-case for the theories of rights", en *Legal rights and social democracy. Essays in legal and political philosophy*, Oxford, 1982.

MADRUGA MÉNDEZ, Joaquín; "La adopción", en *Anuario de Derecho Civil*, 1963, pág. 747-781.

MARCHENA GÓMEZ, Manuel; "La protección de la intimidad de los menores: perspectivas civil y penal", en *Revista General del Derecho*, 1994, nº 603.

MARCO MOLINA, J.; "Los efectos de la adopción", en ESPIAU ESPIAU; S.-VAQUER ALOY, A: (Eds.); *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Madrid, 1999.

MARÍN GÁMEZ, José Ángel; "A vueltas con la constitucionalidad del art. 10.6 de la ley general de sanidad: la relevancia jurídica del "consentimiento informado", en *Revista General del Derecho*, 1995, nº 610-611.

MARTÍN BERNAL, José Manuel; "Los derechos de la personalidad en la Constitución Española", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1979, nº1, págs. 3-32.

MARTÍN BLANCO, J.; "El concepto de situación jurídica en Karl Larenz (En torno al concepto de derecho subjetivo)", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1950, Tomo 188.

MARTÍN-CASALLO LÓPEZ, Juan; "Internet y pornografía infantil", en *Actualidad Informática Aranzadi*, 2001.

MARTÍN MORALES, Ricardo; *El derecho fundamental al honor en la actividad política*, Granada, 1994.

MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis; "Apellidos. La alteración de su orden", en *La Ley*, 1982-4, págs. 1102-1104.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos; "La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho Civil)", en *Anuario de Derecho Civil*, 1992.

MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José; *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1993.

MARTÍNEZ PUJALTE, A.L.; "Hacia un concepto constitucional de persona", en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadriqué Furió Cerol*, nº 11-12, Valencia, 1995.

MARTÍN RETORTILLO, C.; "Sumarias consideraciones sobre el derecho al nombre", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1927, nº 150, págs. 805-823.

MATEU VILASECA-FERNÁNDEZ DE FRUTOS-RODRÍGUEZ SANTAMARÍA-VALLÈS VIVES; "El conflicte entre la llibertat d'informació i el dret a l'honor en la doctrina del Tribunal Constitucional", en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1997, nº2-3.

MÉNDEZ PÉREZ, José; *La adopción*, Barcelona, 2000.

MERIGEAU, Martine; *Le droit penal des mineurs et des jeunes adultes en Republique Federale d'Allemagne. La loi sur la juridiction de la jeunesse "Jugendgerichtsgesetz" dans sa dernière redaction du 11 décembre 1974*, París, 1987.

MIELE, Giovanni; "Potere, diritto soggettivo e interesse", en *Rivista del diritto commercial e del diritto generale delle obbligazioni*, 1944, vol. XLII, Parte Prima.

MIERES MIERES, Luis Javier; *Intimidad personal y familiar. Prontuario de Jurisprudencia Constitucional*, Navarra, 2002.

MIRALLES GONZÁLEZ, Isabel; "La anorexia y el internamiento de los enfermos en centros hospitalarios: límites y controles", en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1999-3.

MONTERO AROCA, Juan; *La legitimación en el proceso civil (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, Madrid, 1994.

MONTÉS PENADES, Vicente (coord.); *Derecho civil. Parte general*, Valencia, 1995.



-con la colaboración de GAVIDIA, J.; *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984, págs. 1077-1087.

MONTÓN GARCÍA, María Lidón; “Derecho al honor, intimidad y propia imagen: protección civil y su conflicto con las libertades de información y expresión”, en *La ley*, 1995-1.

MORALES PRATS, Fermín; “Derecho a la intimidad versus tratamiento de datos sanitarios”, *Derecho y Salud*, 2001, vol. 9, nº 2.

- “El Derecho penal ante la pornografía infantil en Internet”, en *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet* (coord. MORALES PRATS, F.-MORALES GARCÍA, O.), Cizur Menor, 2002.

MORALES PRATS, Fermín-GARCÍA ALBERÓ, Ramón; *Comentarios a la parte especial de Derecho penal* (coord. MORALES PRATS, F.-QUINTERO OLIVARES, O.), Cizur Mayor, 2002.

MORENO FLÓREZ, Rosa María; *Acto constitutivo de la adopción. Tesis doctoral 17/85*, Madrid, 1985.

-“La adopción póstuma”, en *La ley*, 1982-3, págs. 693-697.

MORENO QUESADA, Bernardo; “La composición de intereses en la adopción durante la vigencia del Código Civil”, en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, vol. 2, pág. 1513-1545.

MOSCO, L.; *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1963.

MUÑOZ CONDE, Francisco-GARCÍA ARÁN, Mercedes; *Lecciones de Derecho Penal*, Sevilla, 1991.

- *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia, 1996.

MUÑOZ MACHADO, S.; *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Barcelona, 1987.

NAVARRO HERNÁN, Manuel; *Partes, legitimación y litisconsorcio en el proceso civil. Estudio jurisprudencial práctico*, Madrid, 1998.

NAVAS NAVARRO, Susana; “El bienestar y el interés del menor desde una perspectiva comparada”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, 2003, Tomo I.

NERSON, Roger; “La protección de la personalidad en Derecho privado francés”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1961, nº 210.

NICOL, Andrew-ROBERTSON, Geoffrey-G.L.; *Media Law*, London, 1995.

O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier; “La función de los derechos fundamentales en el ámbito del derecho civil: los derechos de la personalidad”, en

*Introducción a los derechos fundamentales*, Vol. II, Ministerio de Justicia, 1988, págs. 843-859.

- “Personalidad y derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen) del menor, según la ley de protección del menor”, en *La ley*, 1996-4, D-239.

- “Jurisprudencia reciente sobre los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen”, en *Actualidad Civil*, Tomo I.

O’NEILL, Onora; “Children’s rights and children’s lives”, en ALSTON, Philip- PARKER, Stephen-SEYMOUR, John; *Children, rights, and the law*, Oxford, 1992.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio; “Algunas reflexiones sobre el tratamiento jurídico del secreto profesional”, en *La ley*, 1983-1.

OLIVEROS LAPUERTA, María Vicenta; “Estudios sobre la ley de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen”, en *Presidencia del Gobierno, Subdirección General de Documentación, Cuadernos de Documentación*, 1980, nº 38.

ORTI VALLEJO, Antonio; *Derecho a la intimidad e informática*, Granada, 1994.

PACE, Alessandro; “El derecho a la propia imagen en la sociedad de los mass-media”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1998, nº 52.

PALOMARES BAYO, Magdalena-LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, Javier (coords.); *El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital. Análisis de la legislación europea, nacional y autonómica. Estudio de su evolución jurisprudencial*, Granada, 2002.

PALOMBA, Federico; *Il sistema del nuovo processo penale minorile*, Milano, 1991.

PARFITT, Gael; “Learning Rights. A fundamental Prerequisite for Protecting Ourselves and others”, en JOHN, Mary; *A change against society. The child’s rights to protection*, United Kingdom, 1997.

PARKER,S.-ALSTON, P.-SEYMOUR, J.; *Childrens, Rights and the Law*, Oxford, 1992.

PARKER, S.; “The best interest of the child: Principles and Problems”, en ALSTON, Philip; *The best interest of the child*, Oxford, 1994.

PECES-BARBA, Gregorio; *Los valores constitucionales*, Madrid, 1986.

- “Reflexiones sobre la Constitución española desde la Filosofía del Derecho”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1980, nº 61.

PEGUERA I POCH, Miquel; “La exención de responsabilidad por contenidos ajenos en Internet”, en *Contenidos ilícitos y Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de internet* (MORALES PRATS, f.-MORALES GARCÍA, O.), Cizur Menor, 2002.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.; *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, Vol. I, Madrid, 1984, pág. 798-1023.

PERE RALUY, José; *Derecho del Registro Civil*, Tomo I, Madrid, 1962.

PEREDA GÁMEZ, Javier; *Comentaris al Codi de Família, a la llei d'unions estables de parella i a la llei de situacions convivencials d'ajuda mútua* (Dir. EGEA FERNÁNDEZ, Joan-FERRER RIBA, Josep), Madrid, 2000, págs.523-570.

PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel; *La nueva adopción*, Madrid, 1989.

PÉREZ DE CASTRO, N.; “El derecho de propiedad sobre obras de arte y el derecho de autor al respeto de la obra”, en *Actualidad Civil*, 1987-1.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos; *Comentarios al Código Penal* (dir. por Manuel Cobo del Rosal), Tomo V, Madrid, 1999.

- *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia* (dir. por Conde Pumpido), Tomo II, Madrid, 1997.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen; *Derecho de autor: la facultad de decidir la divulgación*, Madrid, 1993.

PÉREZ FERNÁNDEZ, Ángel; “Ideas generales en torno al nuevo régimen de la filiación”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1982, nº25, págs. 423-483.

PÉREZ ROYO, Javier; *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, 1995.

PÉREZ VENEGAS, Francisco; “El secreto médico profesional y situaciones de conflicto”, en *Revista General del Derecho*, 1997, nº 627-629.

PERLINGIERI, Pietro (a cura di); *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982.

- “Por un Derecho civil constitucional español”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1983-I, págs. 3-16.

- *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino, 1972.

- “Información, libertad de prensa y dignidad de la persona”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1987, nº 2.

PILLADO MONTERO, Antonio; “Notas sobre el proyecto de ley de reforma en materia de adopción”, en *Revista de Derecho Privado*, 1987, págs. 446-457.

PIÑAR LÓPEZ, Blas; “La adopción y sus problemas jurídicos” en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1954, Tomo 8, pág. 141-188.

PITA MERCÉ, Rodrigo; “Evolución del nombre personal en la antigüedad española”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1961, nº 510-511, págs. 3 y ss.

PLANIOL RIPERT, Marcel; *Traité élémentaire de Droit Civil*, Tome premier, París, 1943.

PLAZA PENADÈS, Javier; *El derecho de autor y su protección en el art. 20.1 b) de la Constitución*, Valencia, 1997.

- *El derecho al honor y la libertad de expresión*, Valencia, 1996.

POGGI, Maria Elena; “Patria potestà e autonomia del minore”, en *Giurisprudenza italiana*, 1974, parte I, sezione II.

PUIG FERRIOL, Lluís, HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> del Carmen, GIL RODRÍGUEZ, Jacinto; *Manual de Derecho Civil*, vol. I, Madrid, 1997.

- *Manual de Derecho Civil*, vol. I, Madrid, 2001.

PUIG BRUTAU, J.; *Compendio de derecho civil*, vol. III, Barcelona, 1989.

PUIG PEÑA, F.; “Las situaciones finales en la adopción”, en *Revista de Derecho Privado*, 1948, pág. 1045-1062.

PURDY, Laura; *In their best interest? The case against equal right for children*, New York, 1992.

QUIÑONERO CERVANTES, Enrique; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, vol. 1-A, Madrid, 1993.

RAMOS CHAPARRO, Enrique; “Niños y jóvenes en el derecho civil constitucional”, en *Derecho Privado y Constitución*, 1995, nº 7, págs. 167-229.

- *La persona y su capacidad civil*, Madrid, 1995.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco; *Derecho procesal civil*, Tomo I, Barcelona, 1992.

RAMS ALBESA, Joaquín; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir. por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart), tomo V, vol. 4<sup>o</sup> A, Madrid, 1994.

REBOLLEDO DELGADO, Lucrecio; *El derecho fundamental a la intimidad*, Madrid, 2000.

RICCIUTO, Vincenzo-ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo; *Il danno da mass-media*, Padova, 1990.

RICO PÉREZ, Francisco; “La individualización de la persona humana en el derecho civil”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1975, nº 238, págs. 11-30.

- “Protección civil de la dignidad personal”, en *Introducción a los derechos fundamentales*, Vol. II, Ministerio de Justicia, 1988, págs. 951-976.

RIDOLFI, Claudia; *Persona e mass media. La tutela de la persona nelle trasmissioni televisive tra autonomia contrattuale e diritti fondamentali*, Padua, 1995.

RIVERA FERNÁNDEZ; “Anotaciones a la Ley 1/96, de 15 de enero, de protección jurídica del menor”, en *Revista General del Derecho*, 1996, nº 621.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco en LACRUZ BERDEJO, J.L.; *Elementos de Derecho Civil*, I-2º, Madrid, 2000.

- “La voluntad negocial y la representación: ensayo sobre la participación de representante y representado en el negocio jurídico representativo”, en *Libro Homenaje a Ramón M<sup>a</sup> Roca Sastre*, vol. 2, Junta de Decanos de los Colegios Notariales.

- *El interés del menor*, Madrid, 2000.

ROBERTSON, Geoffrey-NICOL, Andrew; *Media Law*, London, 1990.

ROCA TRÍAS, Encarna; *Familia y cambio social (De la “casa” a la persona)*, Madrid, 1999.

-*Comentario del Código Civil* (dir. por Paz Ares Rodríguez, Cándido), Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 223-235.

-Contestación al discurso de ingreso del académico de número BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría; “El interés del menor como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado” (Discurs de l’acadèmic de número Dra. Alegría Borràs), en *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona, 1994, nº 4, págs. 915-967.

-“Constitució i família”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona, 1984, nº2, págs. 287-307.

- “Familia, familias y derecho de familia”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1990, págs. 1055-1091.

ROCA TRÍAS, Encarna-PUIG FERRIOL, Lluís; *Institucions de Dret Civil de Catalunya*, vol. II, Valencia, 1998.

RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio; “La filiación”, en *Revista de Derecho Notarial*, 1983, nº 120, págs. 233-362.

RODRÍGUEZ CARRETERO, José Alberto; *La persona adoptada*, Madrid, 1973.

RODRÍGUEZ CASTRO, Justo; “El nombre civil: Concepto, caracteres y naturaleza jurídica”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1987, nº1443, págs. 99-111.

- “El nombre civil propio de las personas físicas y el registro civil”, en *Actualidad civil*, 1988-1, ref. 321, págs. 1001-1012.

RODRÍGUEZ SANTAMARÍA, M.J.-GERPE LANDÍN, M.-FERNÁNDEZ FRUTOS, M.-MATEU VILASECA- VALLÈS VIVES, F.; “El conflicte entre la llibertat d’informació i el dret a l’honor en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1997, nº 2-3.

RODRÍGUEZ TAPIA, J. Miguel-BONDÍA ROMÁN, Fernando; *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual (Texto refundido R.D. Leg. 1/1996, de 12 de abril)*, Madrid, 1997.

ROGEL VIDE, Carlos; *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Bolonia, 1985.

ROMEO CASABONA, Carlos M.-CASTELLANO ARROYO, María; “La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica”, en *Derecho y Salud*, 1993, vol. 1, nº 1.

ROMEO CASABONA, Carlos María; *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, 1994.

ROMEO MALANDA, Sergio; “El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario”, en *La Ley*, 2000, nº 7, D-251.

ROMERO COLOMA, Aurelia María; *Derecho a la intimidad, a la información y proceso penal*, Madrid, 1987.

- *Los derechos al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión e información. Problemática procesal*, Barcelona, 1991.

ROVIRA SUEIRO, María E.; *El derecho a la propia imagen. Especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito*, Granada, 1999.

ROYO JARA, José; *La protección del derecho a la propia imagen*, Madrid, 1987.

RUBIDO DE LA TORRE, José Luis; “Libertad de información: diligencia del periodista, veracidad y derecho al honor. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1996, de 16 de enero, sobre protección del derecho al honor. La

libertad de información y sus limitaciones”, en *Revista General del Derecho*, 1996, nº 627.

RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J.; *Comentarios a la Constitución española de 1978* (dir. Óscar Alzaga Villamil), Madrid, 1999.

RUIZ MIGUEL, Carlos; *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Madrid, 1995.

RUIZ-RICO RUIZ, J.M.; “La tutela ex lege, la guarda y el acogimiento de menores”, en *Actualidad Civil*, 1988.

RUSCELLO, Francesco; *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, Milano, 1996.

RUXTON, Sandy; “International human rights students: what are they, and what is their relevance to children’s rights?”, en *CHILDREN IN SCOTLAND; Children’s rights=human rights? An examination of human rights standards and their capacity to promote and defend the rights of children*, Edimburgo, 1998.

SALAS, Javier; “Protección judicial ordinaria y recurso de amparo frente a violaciones de libertades públicas”, en *Revista de Derecho Administrativo*, 1980, nº 27, págs. 553-562.

SALVADOR CODERCH, Pablo; *El mercado de las ideas*, Madrid, 1990.

- *¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo*, Madrid, 1987.

SÁNCHEZ-CARO, Javier-SÁNCHEZ-CARO, Jesús; *El médico y la intimidad*, Madrid, 2001.

- *Consentimiento informado y psiquiatría*, Madrid, 1998.

SÁNCHEZ-CARO, Javier-GIMÉNEZ CABEZÓN, José Ramón; *Derecho y sida*, Madrid, 1995.

SÁNCHEZ CARAZO, Carmen; *La intimidad y el secreto médico*, Madrid, 2000.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel-BLANCO CORDERO, Isidoro; “Problema de derecho penal internacional en la persecución de delitos cometidos a través de Internet”, en *Actualidad Penal*, 2002.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz; “Régimen jurídico de los apellidos en derecho español y su incidencia sobre el principio de no discriminación por razón de sexo” en *Revista General del Derecho*, 1998, nº 646-647, págs. 8855-8868.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen; “Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del libre desarrollo de la personalidad”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, 2003, Tomo I.

SÁNCHEZ-JUNCO MANS, Javier; *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, Tomo II, Granada, 2002.

SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe; *Estudios de Derecho Civil*, Tomo V, Vol. 2º, Madrid, 1912.

SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A.; “Mantenimiento y extinción de vínculos parentales tras la adopción del hijo del cónyuge: el art. 178 del Código Civil”, en *Actualidad Civil*, nº 48, 1994-1995.

SANCHO REBULLIDA, F.A. en LACRUZ BERDEJO, J.L.; *Derecho de familia*, Tomo IV, vol. 2º, Barcelona, 1989.

SANTOS MORÓN, Mª José; *Incapacitados y derechos de la personalidad: Tratamientos médicos. Honor, intimidad e imagen*, Madrid, 2000.

- “Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la TC S 154/2002, de 18 de julio”, en *La Ley*, 2002, nº 7, D-262.

SAURA ALBERDI, Beatriz-CREMADES GARCÍA, Purificación-TUR AUSINA, Rosario; “La alteración en el orden de los apellidos. Aspectos constitucionales y civiles de una reforma legislativa”, en *Revista General del Derecho*, 2000, nº 672, págs. 10839-10855.

SCALS PELLICER, Joaquín de; “Nombre”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XVII, págs. 348-419.

SCHÜNEMANN, Bernd; “Problemas penales en la transmisión y prevención del sida desde la perspectiva alemana”, en INSALUD; *Jornadas sobre los derechos de los pacientes 1990*, Madrid, 1992.

SOTO NIETO, Francisco; “Alteración en el orden de los apellidos. Una novedad legislativa”, en *La Ley*, 1981-4, págs. 918-921.

SÁNCHEZ MEDINA, Aquilino; “Los derechos fundamentales en la religión, la ciencia-política y la legislación”, en *Introducción a los derechos fundamentales*, Vol. I, Ministerio de Justicia, 1988, págs.273-283.

SANTOS MORÓN, María José; *Incapacitados y derechos de la personalidad. Tratamientos médicos. Honor, intimidad e imagen*, Madrid, 2000.

SEISDEDOS MUIÑO, Ana; “La patria potestad”, en GETE-ALONSO Y CALERA, Mª del Carmen, PUIG FERRIOL, Lluís, HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, GIL RODRÍGUEZ, Jacinto; *Manual de Derecho Civil*, vol. I, Madrid, 2001.

SERRANO GARCÍA, Ignacio; *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

SEYMOUR, J.-ALSTON, P.-PARKER, S.; *Childrens, Rights and the Law*, Oxford, 1992.



SIGNES PASCUAL, Mario; “En torno al proyecto de ley de reforma del Código Civil en materia de adopción”, en *La ley*, 1987-1, pág. 1071-1077.

SILVA-RUIZ, Pedro; “El derecho de familia y la inseminación artificial “in vivo” e “in vitro””, en *Revista de Derecho Privado*, 1987, págs. 323-331.

SIMÓN LORDA; “La capacidad de los pacientes para tomar decisiones y sus problemas”, en *Estudios de bioética*, Madrid, 1997.

SOLÉ RESINA, Judith; “Tratamiento e intervenciones médicas”, en *La protección civil de las personas sometidas a manipulación mental* (Dir. y Coord. M<sup>a</sup> del Carmen Gete-Alonso), Valencia, 2003.

- “El consentiment informat a la llei 21/2000, de 29 de desembre, sobre els drets d’informació concernent a la salut i l’autonomia del pacient, i la documentació clínica. Especial referència al consentiment del menor d’edat en els tractaments i intervencions mèdiques”, en *Boletín. Servicios de Estudios Registrales de Cataluña*, 2003, nº 109.

SORIA, Carlos; “Límites jurídicos a la información sobre delincuencia juvenil”, en *Revista Española de la Opinión Pública*, 1975, nº 40-41.

SOTO NIETO, F.; “Alteración en el orden de los apellidos. Una novedad legislativa”, en *La ley*, 1981-4.

STANZIONE, Pasquale; *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino, 1975.

- *Studi di diritto civile*, Napoli-Roma, 1986.

- “Interesse del minore e “statuto” dei suoi diritti”, en *Studi in memoria di Gino Gorla*, Milano, 1994.

TABARELLI DE FATIS, Stefania; La controvertida regulación jurídico-penal de la difamación a través de Internet”, en *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet* (coord. Morales Prats, F.-Morales García, O.), Cizur Menor, 2002.

TAMARIT SUMALLA, Josep María; *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual. Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, Cizur Menor, 2002.

- “Responsabilidad penal de terceros ante la negativa a la transfusión de sangre de testigo de Jehová menor de edad con resultado de muerte”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 1998, nº 325.

TÉLLEZ AGUILERA, Abel; *Nuevas tecnologías. Intimidad y protección de datos. Estudio sistemático de la ley orgánica 15/1999*, Madrid, 2001.

TORTORICI, PASTOR, Cristina; *Minore età e "handicaps" nel diritto civile spagnolo*, Napoli-Roma, 1990.

TUR AUSINA, Rosario-CREMADES GARCÍA, Purificación-SAURA ALBERDI, Beatriz; "La alteración en el orden de los apellidos. Aspectos constitucionales y civiles de una reforma legislativa", en *Revista General del Derecho*, 2000, nº 672, págs. 10839-10855.

URIBE SORRIBES, Antonio; "La representación de los hijos", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXV, págs. 241-277.

VALCARCE HERMOSO, Inmaculada; "Régimen legal de los apellidos", en *Cuadernos Jurídicos*, 1995, nº35, págs. 60-64.

VALLADARES RASCÓN, Etelvina; "Notas urgentes sobre la nueva Ley de adopción", en *Poder Judicial*, 1987, pág. 29-59.

- "La tutela de menores en relación con el concepto legal de desamparo", en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL; *Centenario del Código Civil*, vol. II, Madrid, 1990.

VALLÈS VIVES, F.-GERPE LANDÍN, M.-FERNÁNDEZ FRUTOS, M.-MATEU VILASECA-RODRÍGUEZ SANTAMARÍA, M.J.; "El conflicte entre la llibertat d'informació i el dret a l'honor en la doctrina del Tribunal Constitucional", en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1997, nº 2-3.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R.; "La capacidad y los estados de la persona" en MONTÉS PENADÉS, V.L. (coord.); *Derecho Civil. Parte general*, Valencia, 1995.

- "El trabajo del menor de edad", en *La tutela de los derechos del menor. 1er Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba, 1984.

VARGAS CABRERA, Bartolomé; *La protección de menores en el ordenamiento jurídico: Adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores. Doctrina, jurisprudencia, legislación autonómica e internacional: Ley 21/87 de 11 de noviembre*, Granada, 1994.

VATTIER FUENZALIDA, C.; "La propiedad intelectual (estudio sistemático de la Ley 22/1987)", en *Anuario de Derecho Civil*, 1993, XLVI-III.

VEGA VEGA, J.A.; *Derecho de autor*, Madrid, 1990.

VENTOSO ESCRIBANO, Alfonso; *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, Madrid, 1989.

VERCELLONE, Paolo- GRECO, Paolo; *I diritti sulle opere dell'ingegno*, Torino, 1974.

VERDERA SERVER, Rafael; “Adopción y principio de igualdad (Comentarios a la STC 46/1999, de 22 de marzo)”, en *Derecho Privado y Constitución*, 1999, nº 13, págs. 297-378.

VIANA CONDE, Antonio-DE SAS FOJÓN, Antón; “EL consentimiento informado del enfermo”, en *La ley*, 1996-2, D-79.

VIDAL MARÍN, Tomás; *El derecho al honor y su protección desde la Constitución española*, Madrid, 1988.

VIDAL MARTÍNEZ, Jaime; *Las nuevas formas de reproducción humana*, Madrid, 1988.

- “Algunos datos y observaciones acerca de la construcción civil de los derechos de la personalidad (derechos y libertades inherentes a la persona) en la actual etapa de desarrollo tecnológico”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, 2003, Tomo I.

VIDAL, Ernesto- DE LUCAS, Javier; “El catálogo de derechos en la Constitución española de 1978: ¿una lista cerrada?”, en *Introducción a los derechos fundamentales*, Vol. I, Ministerio de Justicia, 1988, págs. 629-635.

VIZCAÍNO CALDERÓN, Miguel; *Comentarios a la ley orgánica de protección de datos de carácter personal*, Madrid, 2001.

VON JHERING, Rudolf; “La teoría del interés”, en *La dogmática jurídica*, 1946.

WARREN, Samuel-BRANDEIS, Louis; *El derecho a la intimidad*, Madrid, 1995.

YSÀS SOLANES, María; “La protección a la memoria del fallecido en la LO 1/82”, en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. VI, Madrid, 1988.

ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo-RICCIUTO, Vincenzo; *Il danno da mass-media*, Padova, 1990.