

# LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO DE LOS MENORES EN LA LO 1/1982 DE 5 DE MAYO, DESPUÉS DE LA INSTRUCCIÓN 2/2006 DEL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

AGUSTÍN MACÍAS CASTILLO  
*Universidad Pontificia de Salamanca*

## 1. PLANTEAMIENTO

La reciente Instrucción 2/2006 del Fiscal General del Estado sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores –en adelante, la Instrucción–, pese a su tardanza –pues llega casi 24 años después de la promulgación de la LO 1/1982 de 5 de mayo–, pretende aportar algo de dinamismo a una vieja cuestión no exenta de polémica: la prestación y revocación del consentimiento otorgado por los menores de edad respecto de actos de disposición en el ámbito patrimonial sobre sus derechos fundamentales al honor, la intimidad y la propia imagen. El mero hecho de que la Fiscalía General haya decidido elaborar una Instrucción sobre esta cuestión, Instrucción que es de carácter general y dirigida a todo el Ministerio Público es, como poco, premonitorio de cuanto a continuación voy a referir en las siguientes páginas.

Es por todos conocido que la LO 1/982 no detalló, ni posteriormente el legislador tampoco lo hizo, las circunstancias en la que los menores o sus

representantes legales pueden intervenir en el tráfico jurídico autorizando actos de disposición sobre aquellas facetas de estos derechos que así lo permiten. No olvidemos que estamos en presencia de derechos de la personalidad cuyo principal cometido no es otro que contribuir de manera decisiva al desarrollo de la persona y a la dignidad humana. Por ello, aún reconociendo la posibilidad de disponer en el tráfico jurídico de algunas concretas manifestaciones de estos derechos, destaca el carácter irrenunciable e inalienable de estos derechos, recalcado en el art. 2 de la LO 1/1982. Quiere decirse que, en todo caso, estamos en presencia de la excepción y no la regla, es decir, la posibilidad de que los menores puedan realizar determinados actos de disposición –de las que destacan las de contenido patrimonial o de aprovechamiento económico– sobre esos derechos personalísimos.

Pero, apriorísticamente, la primera limitación no debe colocarse en el contenido patrimonial del acto de disposición, sino que, muy por el contrario, debemos distinguir a propósito del contenido de los tres derechos. Esto es así por cuanto que, al tratarse de menores, la dignidad humana y la garantía del libre desarrollo de la personalidad son valores que se superponen a cualquier otra consideración. De este modo, el derecho al honor y a la intimidad son derechos que exigen una mayor protección o un doble reforzamiento frente a al derecho a la propia imagen, cuya explotación económica sería más entendible y menos perjudicial para el desarrollo integral del menor. Digo esto por cuanto que, determinadas prácticas habituales entre las personas mayores de edad –un desnudo o la autorización de publicaciones o entrevistas en las que se revelan datos relativos a la vida sexual o la salud, más o menos reprobables desde la estética, la ética o el buen gusto– me resultan de todo punto intolerables e injustificadas cuando de menores se trata. Y ello es así puesto que no hay causa de justificación posible cuando el principal objetivo consiste en evitar los peligros para el desarrollo de la personalidad del menor o las agresiones a su dignidad personal. No se olvide, por lo demás, que quienes coadyuvan o participan en la autorización de estos actos con el menor, lo deben hacer como garantes de los intereses superiores de éstos, evitando así, cualquier tipo de práctica remotamente peligrosa para ellos.

La autorización de actos de disposición sobre estos derechos, ha generado una importante litigiosidad y la necesidad de que la jurisprudencia y también la doctrina hayan tenido que pronunciarse acerca de cómo y en qué condiciones deben producirse estas manifestaciones de voluntad para que sean válidas y eficaces.

Por otra parte, la posición del Ministerio Fiscal, erigido por la ley en defen-

sor del interés del menor, estaba seriamente puesta en entredicho, ante la pasividad con la que, a menudo, contempla cómo los menores intervienen, entre otros foros, en los medios de comunicación, poniendo en peligro estos derechos fundamentales y, en consecuencia, su libre desarrollo individual y su dignidad. Importa destacar que este tipo de intervenciones suelen ser de distinta naturaleza, unas voluntariamente aceptadas por ellos mismos o por sus representantes legales (si bien este consentimiento a menudo es prestado al margen de lo prevenido en la ley), y otras de forma completamente involuntaria. En ambos supuestos el Ministerio Fiscal está legitimado y legalmente obligado a intervenir de oficio y velar por el superior interés del menor, destinándose la Instrucción precisamente a establecer las directrices y pautas según las cuales deben llevar a cabo esa actuación. Por lo demás, también es claro que, a menudo, las mayores vulneraciones sufridas por los menores coinciden con actos “autorizados” por sus progenitores o representantes legales, lo que evidencia la necesidad de un control externo, de una supervisión independiente de tales actos, tarea que la ley ha encomendado al Ministerio Público ya desde el año 1.982 con toda rotundidad.

Si, como decimos, los menores están desprotegidos por este tipo de prácticas cada vez más comunes y agresivas, aquellos que por su carácter de inmigrantes no gozan de las mismas condiciones de integración y bienestar que el resto de los niños, se encuentran doblemente en peligro y por tanto, respecto a ellos, la actuación del Ministerio Fiscal, se hace todavía más necesaria. Trátándose de la protección de derechos fundamentales, el Estado no puede hacer distinciones de ninguna clase y la protección que dispense al contenido de tales derechos no puede detenerse en la consideración de nacionales o no de los titulares de estos derechos. Por ello, el tenor de la Constitución y de las normas que la desarrollan debe aplicarse con toda su fortaleza también a aquellos menores que no se encuentren en España en una situación de completa regularidad administrativa.

El presente trabajo se centrará fundamentalmente en dos cuestiones: de una parte, en cómo debe prestarse el consentimiento y la eventual revocación de éste por parte de los menores (e incapaces), haciendo especial hincapié en el papel que el Fiscal debe desempeñar; de la otra, y dado que la ley invoca las condiciones de madurez del menor, redundaré en el alcance y significado jurídico de este concepto indeterminado, que no es objetivo ni suficiente para determinar en qué casos el menor de 18 años puede intervenir sin que sus padres o tutores avalen el consentimiento prestado y, por el contrario, cuando deben hacerlo necesariamente con el concurso de éstos.

## 2. LA CAPACIDAD DE OBRAR DEL MENOR Y SU CONEXIÓN CON EL EJERCICIO DE ESTOS DERECHOS

Dos premisas deben ser tenidas en cuenta antes de abordar el problema.

Primera, la complejidad del concepto mismo de “menor”, puesto que nuestras leyes no definen más que la situación de la mayor edad y, antes de ese momento, una menor edad en sentido estricto y la situación –cada vez más extraña– del menor emancipado, a estos efectos un término intermedio entre la mayor y la menor edad<sup>1</sup>. Luego, las distintas fases o estadios durante los que transcurre la menor edad, a diferencia de lo que sucedía en el Derecho de Roma, no está jurídicamente bien definido en nuestro ordenamiento jurídico. Sabemos que el menor puede ser titular de todo tipo de derechos y obligaciones pero, como quiera que no ha alcanzado aún la mayor edad, todavía no goza de la plena capacidad de obrar y, por ende, no es capaz de ejercitar *per se*, siempre y en todo caso, todos estos derechos y obligaciones.

Creo que es justo recalcar otra crítica antes de centrar cual es la verdadera situación jurídica de los menores en nuestras normas de Derecho positivo. En la reciente legislación –por referirme a las normas de los últimos 25 o 30 años en nuestro país– el menor viaja junto a un incómodo compañero de viaje: el incapaz. Son numerosas las leyes que sistemáticamente parecen equiparar a “los menores e incapaces”, provocando quizás la confusión de una posible situación de paridad jurídica, cuando ésta no existe. De hecho, la incapacidad al menos se gradúa, lo que posibilita acotar con mayor precisión el alcance con el que los incapaces pueden intervenir en el tráfico jurídico decidiendo en su esfera personal y en la patrimonial. El incapaz no tiene capacidad –o acaso tiene menos capacidad–. El menor sí tiene capacidad, sólo que aún no puede desarrollarla plenamente. La situación jurídica de uno y otro es, por tanto, distinta. Precisamente, una de las mayores dificultades técnicas con las que el menor se encuentra reside en la extrema dificultad que supone graduar su capacidad (su madurez, dicen las normas) para realizar actos por sí mismos y sin el concurso necesario de sus progenitores; es decir, la tragedia jurídica es que las leyes no parecen concretar en qué se diferencian a estos efectos un bebé de un joven de 17 años.

---

<sup>1</sup> J.A. MARTÍN PÉREZ, «Capacidad jurídica y valor del consentimiento del menor en el ejercicio de los derechos de la personalidad. Especial atención a las decisiones relativas al ámbito de la salud», en *Menores: Instituciones de protección y responsabilidad*, coord. MARTÍNEZ GALLEGO, Fundación Diagrama, Murcia, 2004, pág. 101.

Así las cosas, éste sería el principio general que preside nuestra legislación, principio al que se suceden numerosas excepciones, unas por la vía de hecho y otras por la vía de derecho, ya que una cosa es que el menor no disfrute aún de la plena capacidad de obrar, y otra bien distinta que paulatinamente y según se aproxima a la mayor edad, vaya adquiriendo nuevas posibilidades de intervención autónoma e independiente en el tráfico jurídico, lo que va propiciando la existencia de distintas excepciones al principio general.

¿Cuáles son esas excepciones?

Por la vía de hecho, no cabe duda que el menor participa e interviene habitualmente en el tráfico jurídico celebrando, por ejemplo, determinados contratos no muy complejos –compraventas de algunos muebles, algunos contratos de transporte y suministro, etc<sup>2</sup>.– Quedarían excluidos de este principio general aquellos menores que, dada su escasa edad, carecen incluso de la capacidad natural. En cualquier caso, la doctrina tradicionalmente ha negado una pretendida incapacidad general del menor, siguiendo en este apartado la decisiva aportación de De Castro<sup>3</sup>. Ésta, por lo demás, fue la clara tendencia de la LO 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor, que decididamente apuesta por promover la autonomía de los menores en la decisión de los actos que les afecten<sup>4</sup>, especialmente sobre aquellos actos de contenido extrapatrimonial, con cierto olvido de las cuestiones que afectan a su esfera económica<sup>5</sup>.

La Instrucción redundante también en la insuficiencia que en la práctica ha supuesto dicha ley orgánica para la efectiva protección de los menores, pues estoy persuadido de que la principal razón de ser de dicha Instrucción es, precisamente, que se haga cumplir lo prevenido en la LO 1/1982 y en la LO 1/1996 –que a criterio de la propia Instrucción es preponderante frente a la primera, por resultar más garante para los derechos de los menores–. De ahí que la principal finalidad de la Instrucción sea, precisamente, recordar e interpretar el contenido de estas leyes orgánicas.

---

<sup>2</sup> L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. I, 6ª edic., Thomson-Civitas, Madrid, 2.007, pág. 170. Con más profusión, F. BADOSA COLL, «Incapacidad de consentir e incapacidad de contratar (Un estudio sobre el art. 1.263 Cc)», en *Centenario del Código Civil*, CERA, Madrid, t. I, págs. 191 a 241.

<sup>3</sup> Vid., entre muchos, F. JORDANO FRAGA, «La capacidad general del menor», *RDP* 1.984, pág. 883; J.L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, t.I, vol. 2, Dykinson, Madrid, 1.998, pág. 118; C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil 1*, 5ª edic., Trivium, Madrid, 1.996, pág. 235.

<sup>4</sup> M<sup>o</sup>C. GARCÍA GARNICA, *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado*, Aranzadi, Pamplona, 2.004, pág. 48.

<sup>5</sup> E. LLAMAS POMBO, «Una lectura de la ley del menor en clave patrimonial», en *Menores: Instituciones de protección y responsabilidad*, coord. MARTÍNEZ GALLEGO, Fundación Diagrama, Murcia, 2.004, pág. 65.

Segundo, he afirmado que el ordenamiento jurídico establece una serie de excepciones a la regla general, pero ¿cuál es esta regla general? La prevista en los arts. 322 y 315.1 Cc, es decir, el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones previstas en el Código y, la mayor edad comienza a los 18 años cumplidos. A partir de aquí todo lo demás constituye una excepción a esa regla. No vamos a profundizar en todas ellas, pero *ad exemplum*, puede citarse que el mayor de 14 años puede otorgar testamento –salvo el ológrafo, arts. 663 y 688 Cc–, o la importante cláusula del art. 154 Cc respecto del ejercicio de la patria potestad, que exige que en aquellas decisiones que les afecten, siempre que tuvieren suficiente juicio, los hijos deben ser oídos siempre. Además, los contratos celebrados por los menores son, en principio, anulables, que no nulos de pleno derecho (arts. 1.300 y 1.301 Cc). En términos generales, la legislación civil contempla tres umbrales de edad (los 12, los 14 y los 16 años) para conceder determinadas facultades a los menores, siempre de carácter muy concreto y como excepción al principio general.

Pues bien, en materia de los actos de disposición relacionados con los derechos de la personalidad que ahora nos atañen, existe una excepción a la regla general, consagrada en dos normas principales, la LO 1/1982 y la LO 1/1996. Dicha excepción está contenida en el art. 3 de la LO 1/1982, cuando determina 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».

Es así que en determinados supuestos el menor puede intervenir en el tráfico de forma autónoma, autorizando o consintiendo actos de disposición sobre estos derechos. La norma, con todo, había sido tradicionalmente interpretada por la jurisprudencia con carácter restrictivo, unas veces porque la edad del menor despejaba toda duda sobre la posible madurez –al no alcanzar por ejemplo ni tan siquiera los 12 años de edad–, otras veces porque el acto proyectado es claramente perjudicial para el menor.

### 3. LAS MODIFICACIONES OPERADAS POR LA LO 1/1996, DE 15 DE ENERO DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR

Sin embargo, la LO 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, trastocó sensiblemente este escenario legal. A partir de la entrada en

vigor del art. 4 de la LO 1/1996, queda claro que el consentimiento prestado por el menor que denominamos “maduro” pierde consistencia, toda vez que dicho artículo intensifica la protección del menor legitimando al Ministerio Fiscal para que, aún tratándose de un menor maduro que ha prestado su consentimiento, el Fiscal intervenga de oficio si considera que el acto autorizado es perjudicial para el menor.

El art. 4 de la LO 1/1996 es norma de *ius cogens* e impone al Fiscal la obligación de intervenir de inmediato solicitando las medidas cautelares pertinentes para poner fin al acto en cuestión, así como el resto de medidas previstas en la legislación –acción de cesación, acción de abstención y reparación de daños y perjuicios, con especial atención a los de naturaleza extrapatrimonial o moral, fundamentalmente<sup>6</sup>-. De hecho, esta norma es de aplicación aun cuando medie la autorización o consentimiento de los padres, tutores o representantes legales del menor y el Ministerio Fiscal considere que el acto es pernicioso para el menor. Esta última apreciación es la verdadera aportación realizada por la LO 1/1996, la de legitimar al Ministerio Público a modo de segundo control para que, aún existiendo condiciones de madurez suficientes en el menor o habiéndose prestado el consentimiento por parte de sus padres o representantes legales, si el Ministerio Fiscal considera que el acto puede ser perjudicial para el superior interés del menor, intervenga. Esa intervención es judicial y por tanto sus efectos pueden llegar a desautorizar a los padres o representantes legales o, incluso, a restringir la aparente “madurez” del menor. De prosperar la pretensión instada judicialmente por el Ministerio Fiscal, la consecuencia será la ineficacia del consentimiento prestado por el propio menor o por sus representantes legales, según el caso. Estas consecuencias fueron ya duramente criticadas en su día por la doctrina<sup>7</sup>, sin embargo, cabe afirmar que ha sido la jurisprudencia la que ha matizado debidamente la correcta hermenéutica del precepto.

La sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2.000<sup>8</sup>, ya se refirió con claridad a esta cuestión. Los hechos que dan lugar al proce-

---

<sup>6</sup> Sobre los criterios para cuantificar la reparación económica, A. MACÍAS CASTILLO, «El precio de la intimidad (Reflexiones en torno a la cuantificación del daño moral en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982)», en *Estudios de Derecho de Obligaciones en Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, t. II, La Ley, Madrid, 2.006, págs. 191 a 211.

<sup>7</sup> Por todos, M.E. ROVIRA SUEIRO, *El derecho a la propia imagen. Especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito*, Cedecs, Barcelona, 1.999, págs. 127-128 y M. LINACERO DE LA FUENTE, *Protección Jurídica del Menor*, Montecorvo, Madrid, 2.001, págs. 102 a 105.

<sup>8</sup> *La Ley* 149286/2000.

dimiento tienen lugar en un programa de una televisión local, en el que se emitía un concurso consistente en efectuar preguntas a dos concursantes sobre anécdotas y curiosidades de la ciudad de Málaga, de modo que el concursante que erraba una respuesta, se quitaba una prenda de vestir, perdiendo el concurso el primero en quedar desnudo. En uno de estos programas intervino el hijo del demandante, por aquellas fechas de 16 años de edad. En uno de los motivos de casación, el padre del menor, que solicitaba una indemnización de 5 millones de las antiguas pesetas, argumentaba que él no había autorizado la participación del menor en el programa, argumentando que el muchacho no tenía la madurez suficiente para comprender el alcance de lo que hacía y aceptarlo. Como quiera que los hechos habían tenido lugar en el año 1.992, el Tribunal Supremo no puede aplicar aún la LO 1/1996, de modo que considera válidamente prestado el consentimiento por parte del menor, ya que, «El menor tenía entonces 16 años, edad que en los tiempos actuales es suficiente para conocer lo que se pedía en el programa televisivo y su fuerte carga erótica; el menor se nos dice que tenía novia, lo que corrobora lo acabado de confirmar». Con todo, la propia sentencia no desaprovecha la ocasión para recordar el alcance de la modificación legislativa llevada a cabo en el año 1.996, por lo que apostilla: «Este panorama claro ha sido objeto de modificación por la Ley 1/1996, de 15 de enero, que considera intromisión ilegítima cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honor o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales (art. 4.3), con lo que la finalidad de la norma ha de cumplirse siempre, pese a que el menor dé su consentimiento: se considera intromisión ilegítima sin distinción de casos». Lógicamente, al no poder todavía aplicar la norma del año 1.996, el Tribunal Supremo simplemente apunta en qué términos van a modificarse estas cuestiones.

La efectiva aplicación de la LO 1/1996 se produce en la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 13 de febrero de 2.003<sup>9</sup>, en ella son demandados tres periódicos de Gijón por la publicación en sus páginas con la identificación de un menor, de los hechos ocurridos en un partido de fútbol de categoría juvenil en los que, sucintamente, el muchacho agredió al árbitro del encuentro. La sentencia, en relación a la situación anterior a la entrada en vigor de la LO 1/1996, es muy clara: «Si este debiera contem-

---

<sup>9</sup> *La Ley* 31340/2003.



plarse, exclusivamente, bajo el ámbito de protección que a los derechos del honor, intimidad y propia imagen dispensa la LO. 5 May. 1982, la respuesta sería contundente y clara, no habría intromisión ilegítima pues de todos es sabido y por las partes no se discute que el derecho del honor cede ante la libertad de información cuando es veraz y se refiere a asuntos públicos de interés general por las materias sobre las que versa o por las personas que en ellas intervienen (ad exemplum STS 11 Abr. 2000 RA 1825) y en el caso no puede dudarse de la concurrencia de las notas de veracidad y relevancia pública».

Pero la sentencia, al efectuar la hermenéutica del art. 4 de la LO 1/1996, entiende que la solución debe ser otra, puesto que la finalidad de dicha norma no es otra que reforzar los mecanismos de protección previstos en la ley orgánica del año 1.982. De ahí que la protección se haya extendido de modo que: «(...) la protección de su honor, intimidad o imagen se refuerza frente a los ataques de terceros proscribiendo no sólo la intromisión calificable de ilegítima (lo que ya protege la L. 0. de 5 May. 1982) sino también aquella que, aún no siéndolo, sea “contrario a sus intereses” (Art. 4.2)». Esta afirmación lleva a la Sala a considerar innecesaria y perjudicial para el menor la publicación de su nombre completo por parte de los tres periódicos.

Más recientemente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de diciembre de 2.005<sup>10</sup>, aplica también el art. 4 para condenar a la cadena COPE al extralimitarse en el ejercicio del derecho de la información e identificar a las dos hijas menores de un abogado asesinado, pese a que ambas habían sido tristes protagonistas del suceso, ya que una resultó lesionada con arma blanca y la otra agredida sexualmente.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 25 de noviembre de 2.004<sup>11</sup>, aplica también esta disposición en idéntico sentido, recalcando que debe protegerse la dignidad del menor aún en el caso de que éste haya cometido un delito.

¿Cuál es el cauce procesal oportuno? El procedimiento debe ser promovido por el Ministerio Fiscal quien, a su vez, podrá tener conocimiento del acto proyectado o ya realizado de diversos modos: a través de la denuncia de otro familiar o persona cercana al menor; de oficio en sentido estricto (los Fiscales, como los demás ciudadanos, ven la televisión, navegan por

---

<sup>10</sup> La Ley 245679/2005.

<sup>11</sup> La Ley 837/2005.

Internet o pasean por las calles); o porque el consentimiento proyectado haya sido sometido a su consideración, tal y como ordena la LO 1/1982 en su art. 3.2. Sin embargo, me atrevo a afirmar que esta última vía de conocimiento es la más improbable en nuestro país, donde normalmente los padres y representantes legales de los menores se arrojan la absoluta soberanía cuando de decidir este tipo de cuestiones se trata. Es por ello que ante la evidencia de lo que sucede en la realidad –la inobservancia de este precepto<sup>12</sup>, la Instrucción sea más necesaria si cabe, por cuanto recuerda a todo el Ministerio Público el deber que tiene para agudizar los sentidos y evitar abusos. Aún así, tampoco puede dejarse de lado que actuar previa o premonitoriamente en evitación de tales actos es harto improbable y que, por ello, la mayor parte de las demandas lo serán con posterioridad, después de que el menor haya ya actuado en el tráfico y expuesto su intimidad o imagen públicamente.

En espera de una próxima Ley de Jurisdicción Voluntaria en la que se incluya un específico procedimiento para decidir acerca de la pertinencia, la Instrucción recuerda que el cauce oportuno es un procedimiento declarativo tramitado como Juicio Ordinario a partir de lo previsto en los arts. 248.1 y 249.2 LEC. La competencia territorial corresponderá al domicilio del menor o, en otro caso y siempre a elección del demandante, el del lugar en el que el acto proyectado pretende desarrollarse o ejecutarse.

Por lo demás, la LO 1/1996 no aportó mucho más a la protección de los menores en este ámbito de los derechos personalísimos. A excepción hecha de esa super-legitimación del Ministerio Fiscal para impugnar actos que les perjudiquen, la LO 1/1996 no aporta mucho más. De hecho, incurre en una importante contradicción, puesto que, de una parte, insiste en que el menor es una persona capaz, en que debe ser siempre oído y en que puede decidir acerca de determinados actos que le conciernen pero, por otro lado, resulta que se le restringe esa capacidad cuando el Ministerio Público interviene y

---

<sup>12</sup> Y no se trata sólo de una opinión de quien suscribe, sino que la propia Instrucción afirma: «Sin embargo, debe constatarse que estadísticamente son escasísimos los supuestos en los que los representantes legales cumplen las prescripciones de la Ley y ponen en conocimiento del Fiscal esos consentimientos proyectados. Pese a ello, los Sres. Fiscales se abstendrán de utilizar el incumplimiento de estas exigencias formales para impugnar negocios o actos respetuosos con los intereses del menor. Si por contra la intromisión en la intimidad o en la imagen del menor se considera contraria a sus intereses y se decide la interposición de demanda, la misma deberá fundamentarse en su caso, además de en los correspondientes motivos de fondo, en el incumplimiento de los requisitos cogentes del art. 3.2 LO 1/1982».

obtiene el reconocimiento de su pretensión en sentencia<sup>13</sup>. De ahí que esta facultad revisora sobre el consentimiento ya prestado por el menor maduro o sus representantes legales debe ser considerada siempre excepcional y aplicada no sin cautelas. No se olvide que la LO 1/1996 en su art. 4 se refiere muy genéricamente y de forma imprecisa a actos que sean contrarios a sus intereses, como premisa para que el Ministerio Fiscal intervenga, lo que deja abierta la puerta a un sinnúmero de posibles interpretaciones.

Pero en la dialéctica entre el “ser” y el “deber-ser” es todavía evidente que la autorización previa por parte del Ministerio Fiscal de actos que comprometan los derechos personalísimos de los menores<sup>14</sup>, continúa siendo la situación real predominante en la mayor parte de los casos. Y es la contundencia de la realidad la que ha determinado la Instrucción de la Fiscalía General del Estado que, no olvidemos, fundamentalmente recuerda a todos los miembros del Ministerio Público en qué consiste su deber profesional y estatutario en este ámbito.

#### 4. LOS REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO VÁLIDAMENTE PRESTADO

Una cuestión tradicionalmente controvertida es la forma en la que el consentimiento deba ser prestado. Cuando de adultos y personas plenamente capaces se trata, la LO 1/1982 en su art. 2.2 exige para que pueda hablarse de un consentimiento válidamente prestado, el requisito de que éste sea expreso. Buena parte de la doctrina ha entendido tradicionalmente que “expreso” no equivale a “escrito” y que, por ende, cuando resulte claro y patente –por

---

<sup>13</sup> En este sentido, comparto la crítica efectuada por A. GULLÓN BALLESTEROS, «Sobre la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor», *Diario La Ley*, 1.996, Ref. D-40. T. 1, fundamentalmente en lo que a revocar una decisión adoptada por un menor maduro se refiere y, sobre todo, ante la ausencia de criterios más concretos y no precisados por la LO 1/1996 sobre qué debemos considerar perjudicial para el menor. Para X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, «Personalidad y derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen) del menor, según la Ley de protección del menor», *Diario La Ley*, 1.996, Ref. D-239, T. 4, la aportación de la LO 1/1996 a lo preexistente en la LO 1/1982, sería el contenido del último inciso del art. 4, al efectuarse una expresa mención a cuando las vulneraciones de los derechos del menor se producen en los medios de comunicación (que por otra parte es donde tienen lugar la mayor parte de las ocasiones).

<sup>14</sup> A. DE LAMA AYMÁ, *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant, Valencia, 2.006, pág. 178, se refiere a “situación irregular”. Seguramente la calificación jurídica más certera pasa por afirmar la ilicitud de esa situación, más que su irregularidad.

ejemplo, indubitadamente se deduzca de la forma en la posan o intervienen los protagonistas de una fotografía o un reportaje—, el requisito está colmado<sup>15</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha vuelto a interpretar este precepto en la sentencia de 22 de febrero de 2.006<sup>16</sup>, recalcando cual es la recta lectura del precepto, en todo caso lejos de considerar como “consentimiento expreso” la realización de determinados actos que pudieran llevar a pensar en la aquiescencia o anuencia de los protagonistas<sup>17</sup>. Para ello se invoca una sentencia del Tribunal Constitucional, concretamente la 156/2001 de 21 de julio que, literalmente, establecía que:

«...al haberse publicado sin el consentimiento de la recurrente fotografías en las que aparece desnuda y tratarse de fotografías que fueron captadas en un ámbito privado —lo que permite deducir su interés en no mostrar al público partes íntimas de su cuerpo—, debemos apreciar la existencia de una intromisión en su derecho a la intimidad que no puede considerarse legítima. Ni la circunstancia de pertenecer a una secta que fomenta la promiscuidad sexual de sus miembros conlleva que la demandante de amparo haya perdido el poder de reserva sobre partes íntimas de su cuerpo, ni tampoco puede considerarse en este caso que la referida intromisión pueda ampararse en la existencia de un bien o derecho fundamental merecedor de mayor protección: no la merece el alegado derecho a comunicar información, ya que, sin necesidad de entrar en otras consideraciones, resulta claro que carece de interés público digno de protección la difusión de las fotografías en las que aparece el cuerpo desnudo de la recurrente».

En idéntico sentido, con cita de la misma sentencia, más recientemente, se ha pronunciado Grimalt Servera<sup>18</sup>. En mi opinión, no cabe duda alguna acerca de que el consentimiento que los menores deban prestar tiene que ser, no solo expreso sino también escrito. Y son los progenitores o los represen-

---

<sup>15</sup> E. ESTRADA ALONSO, «El derecho a la imagen en la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo» (I), *Actualidad Civil*, 1990-2º, pág. 359; M.ªA. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, «Derecho a la propia imagen del menor», *Actualidad Civil* núm. 7, 2.004, pág. 730; X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, La Ley, Madrid, 1.991, pág. 137 y ss.

<sup>16</sup> *La Ley* 2224107/2006.

<sup>17</sup> Al respecto, A. MACÍAS CASTILLO, «Derecho a la propia imagen: requisitos para prestar el consentimiento válidamente», *Práctica, Derecho de Daños*, núm. 39, 2.006, págs. 60 a 63.

<sup>18</sup> P. GRIMALT SERVERA, *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Iustel, Madrid, 2.007, pág. 105.

tantes legales de éstos los que otorguen en su nombre el consentimiento, habrán igualmente de cumplir con este requisito<sup>19</sup>. Con todo, es evidente que no cualquier acto meramente protocolario y por tanto inocuo debe ser sometido a este complicado protocolo de autorizaciones y presunciones, sino que por el contrario, sólo aquellos que verdaderamente supongan un auténtico acto de disposición de los contenidos de los derechos personalísimos del menor, deben ser objeto de esta autorización. Antes bien, quizás la contratación marque una invisible barrera entre uno y otros supuestos –según estén necesitados de la autorización previa del Ministerio Fiscal, acaso sea manifestada favorablemente por la “no oposición”–, o al menos la autorización de actos que, sin erigirse exactamente en negocios contractuales, supongan una afectación en la cotidianeidad del desarrollo del menor<sup>20</sup>.

En todo caso creo que la cuestión del consentimiento y su alcance es esencial y probablemente en estos últimos años se haya difuminado y oscurecido un tanto, a partir de alguna jurisprudencia hoy ya superada. Hay motivos para pensar que, tratándose de derechos de la personalidad y de menores, el consentimiento ha de interpretarse en sentido estricto. Más aún si detrás de esa intervención del menor existe un aprovechamiento comercial o incluso simplemente informativo. De este modo:

a) No existe consentimiento genérico o generalizado, supuestamente otorgado a un titular (una productora, un anunciante, un medio de comunicación) para que libremente disponga de él. Por el contrario, cada acto exige un nuevo consentimiento. No porque autoricé en el pasado, voy hacerlo en el presente o en el futuro. En el caso de los menores está posibilidad cuenta incluso con más matices pues, ayer pudieron prestar el consentimiento por mí mis progenitores y hoy estoy en condiciones de hacerlo por mí mismo.

En idéntico sentido, no puede interpretarse que la mera tolerancia o el consentimiento prestado tácitamente por un menor pueda ser válidamente aceptado a estos efectos.

b) El consentimiento, evidentemente, puede ser retribuido pero, en cualquier caso, la sola remuneración no puede ser entendida como un sal-

---

<sup>19</sup> A. AZURMENDI ADÁRRAGA, *El derecho a la propia imagen. Su identidad y aproximación al derecho a la información*, Civitas, Madrid, 1.997, págs. 169-170.

<sup>20</sup> P. GRIMALT SERVERA, *op. cit.*, págs. 115-116, se refiere a varios ejemplos que pueden ser ilustrativos, participar en un programa de TV o en una película, etc. y a los que cabe añadir muchos más: la reproducción de la imagen de los menores en medios de comunicación, en revistas escolares, en Internet, etc.

voconducto que permita disponer ampliamente de los derechos cedidos. Más que poder “comprarse”, la prueba de la retribución del consentimiento serviría para acreditar la existencia de éste, si es que resulta negado, pero no exime del cumplimiento de los requisitos de expreso y escrito que se exige al consentimiento de los menores. Entre otras cuestiones porque el derecho en sí es inalienable, por tanto, sólo pueden cederse facultades o parcelas que de él se desprenden. A esta restricción inicial se añade, de nuevo, el reforzamiento de encontrarnos con bienes de la personalidad de menores y, por ello, sujetos más protegidos por las normas jurídicas. Esta cuestión es incluso predicable, con matices, respecto de las personas mayores de edad<sup>21</sup>.

## 5. LAS DIRECTRICES DE LA INSTRUCCIÓN 2/2006

Consciente del peligro evidente que un uso desproporcionado del art. 4 de la LO 1/1996 puede acarrear, el Fiscal General del Estado, establece en la Instrucción unas directrices con la clara intención de evitar que la impugnación de actos por parte del Ministerio Fiscal no suponga una restricción de los derechos de los menores a decidir por sí mismos cuando tienen la madurez bastante, así como para evitar restricciones del derecho de sus progenitores y representantes legales cuando están decidiendo con rigor y en beneficio de éstos acerca de estos actos de disposición. Se trata de evitar los posibles efectos perversos de una norma esencialmente tuitiva pero que, mal entendida, puede llegar a funcionar como represiva de la capacidad de los menores y de quienes legalmente les representan. No en vano conviene declarar que la LO 1/1996, después de consagrar la autonomía de los menores para decidir sobre sus asuntos como principio general, termina por establecer mecanismos claramente invalidantes de esta pretendida libertad<sup>22</sup>.

Por eso, la Instrucción distingue dos situaciones: el consentimiento ya prestado (o proyectado) por los padres, tutores o representantes legales, y el consentimiento que presta el propio menor cuando considera que tiene capa-

---

<sup>21</sup> En este sentido, me parece de plena vigencia la opinión de F. IGARTUA ARREGUI, *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*, Tecnos, Madrid, 1.991, págs. 107 y ss.

<sup>22</sup> A. PASCUAL MEDRANO, *El derecho fundamental a la propia imagen. Fundamento, contenido, titularidad y límites*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2.003, pág. 114.

cidad suficiente para ello. De este modo, la propia Instrucción realiza una división o distingue dos tipos de menores, el “menor maduro” y el “menor no maduro”, pese a la dificultad real que en la práctica supone acotar cada uno de estos términos.

Cuando estamos en presencia de un menor no maduro, habrá de atenderse en primer término al hecho de que los padres o representantes hayan o no prestado el debido consentimiento en su nombre, con observancia de los preceptos propios de la patria potestad que a esta cuestión se refieren (arts. 154 y 162.1 Cc). La opinión del menor deberá pesar más cuánto más se aproxime éste a las condiciones de madurez o la capacidad de juicio al que la ley se refiere. En todo caso, importa destacar el derecho a ser oído que el menor tiene, entendido este cauce no como un mero formalismo de la ley, sino como la expresión de la voluntad real del menor que, a menudo, puede ser inducido o condicionado por su entorno familiar para realizar algunos de estos actos.

La Instrucción considera como elementos a tener en cuenta para ponderar debidamente el criterio de los padres a la hora de autorizar actos de disposición, los siguientes: el que éstos estén privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad; el que estén imposibilitados por cualquier causa para accionar –lo que lógicamente reforzaría la obligación de que el Ministerio Público lo hiciese–; que los padres o representantes legales tengan un conflicto de intereses con los hijos o representados o, en último término, estemos en presencia de progenitores que vienen adoptando una actitud de inhibición o pasividad en lo que al cuidado de sus hijos y preocupación por sus cuestiones se refiere. Más al extremo aún de esta clasificación figurada, se encontrarían aquellos menores que están en situación de desamparo o son inadecuadamente tratados por sus progenitores, así como aquellos otros que carecen de representantes legales. En tales supuestos, la intervención del Ministerio Fiscal adquiere, si cabe, todavía más importancia. En el otro lado, estaríamos ante situaciones en las que los padres o representantes están en pleno uso de las facultades inherentes a la patria potestad y las ejercen con responsabilidad, casos en los que –recuerda la Instrucción– la intervención de los fiscales tendrá que ser excepcional y estar justificada en una «cualificada intensidad lesiva de la intromisión». De este modo, la intervención de los fiscales se configura como un segundo control o filtro aplicable cuando el primer sistema ha fallado, esto es, cuando resulta notorio que la prestación del consentimiento en nombre del menor se ha realizado con desprecio de superior interés del menor.

Creo que esta aportación de la Instrucción es especialmente positiva de cara a una efectiva aplicación, tanto de la LO 1/1982, como de la LO 1/1996, especialmente de la segunda. De una parte se acentúa la necesidad de que los fiscales actúen ante situaciones de desprotección de los menores, de la otra, se pide la máxima prudencia cuando no existe desamparo o desprotección aparente, por lo que se presume que los progenitores o representantes legales del menor desempeñan con normalidad las facultades inherentes a la patria potestad o a la tutela, razón por la cual la demanda promovida por los fiscales tendrá carácter extraordinario.

Cuando estamos en presencia de un menor maduro o, mejor dicho, presumiblemente maduro, la Instrucción adopta otra postura. En el caso anterior, si bien se mira, estamos ante dos tipologías de situaciones distintas: el abandono, desamparo o desprotección del menor en mayor o menor grado, y el ejercicio irresponsable de la patria potestad o de las instituciones de guarda y custodia de menores. Pero estas situaciones son diferentes de la que se produce cuando el menor interviene y decide por sí mismo acerca de qué destino dará a determinadas facetas de sus derechos personalísimos. Es decir, estamos básicamente, entrando a valorar la capacidad misma del menor para regirse, puesto que en su caso, lo que los fiscales deben hacer, es cuestionar la madurez y racionalidad suficiente de los menores para poder decidir acerca de estas cuestiones. No se olvide que el principio general de la LO 1/1996 es la de contemplar al menor como un «sujeto activo, participativo y creativo, con capacidad de modificar su propio medio personal y social», y que en su Exposición de Motivos, la LO se ocupa de afirmar que «la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos». Luego, la intervención del Ministerio Fiscal en estos casos supone una excepción no solo a la capacidad general del menor, sino a las normas que inspiran y ordenan la realización de tales actos, presididas, como acabo de recordar, por la autonomía e independencia de los menores que tienen un cierto grado de madurez.

Es por ello, que la Instrucción recuerda que no puede prescindirse por completo de la voluntad de los menores maduros para desarrollar el contenido de los derechos de la personalidad. Para garantizar este derecho del menor, la Instrucción establece como premisa que, antes de demandar, el menor sea oído en todo caso por el Ministerio Fiscal, de modo que únicamente después de este examen y cuando resulte evidente la falta de madurez del menor o el grave daño que para su persona representa el acto consentido, sólo entonces podrá presentar la demanda el fiscal. La Instrucción hace suya la jurisprudencia



La prestación del consentimiento de los menores en la LO 1/1982 de 5 de mayo, después de la...

dencia del Tribunal Constitucional, que ha reiterado en la necesidad de que el menor que cuenta con suficiente juicio o madurez sea oído antes de que se resuelvan cuestiones que les afectan. Así lo establecen los arts. 154 y 92 Cc y las sentencias del TC 152/2005, de 6 de junio y 221/2002, de 25 de noviembre. Este protocolo, además, supone una forma de detectar posibles abusos o situaciones de anormalidad.

## BIBLIOGRAFÍA

- A. AZURMENDI ADÁRRAGA, *El derecho a la propia imagen. Su identidad y aproximación al derecho a la información*, Civitas, Madrid 1.997.
- F. BADOSA COLL, «Incapacidad de consentir e incapacidad de contratar (Un estudio sobre el art. 1.263 Cc)», en *Centenario del Código Civil*, CERA, Madrid, t. I.
- A. DE LAMA AYMÁ, *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant, Valencia 2.006.
- L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. I, 6ª edic., Thomson-Civitas, Madrid 2.007.
- E. ESTRADA ALONSO, «El derecho a la imagen en la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo» (I), *Actualidad Civil*, 1990-2º.
- M. A. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, «Derecho a la propia imagen del menor», *Actualidad Civil* núm. 7, 2.004.
- M. C. GARCÍA GARNICA, *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado*, Aranzadi, Pamplona 2.004
- P. GRIMALT SERVERA, *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Iustel, Madrid 2.007.
- A. GULLÓN BALLESTEROS, «Sobre la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor», *Diario La Ley*, 1.996, Ref. D-40. T. 1.
- F. IGARTUA ARREGUI, *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*, Tecnos, Madrid 1.991.
- F. JORDANO FRAGA, «La capacidad general del menor», *RDP* 1.984.
- J.L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, t.I, vol. 2, Dykinson, Madrid 1.998.
- C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil* 1, 5ª edic., Trivium, Madrid 1.996.
- M. LINACERO DE LA FUENTE, *Protección Jurídica del Menor*, Montecorvo, Madrid 2.001.
- E. LLAMAS POMBO, «Una lectura de la ley del menor en clave patrimonial», en *Menores: Instituciones de protección y responsabilidad*, coord. MARTÍNEZ GALLEGO, Fundación Diagrama, Murcia 2.004
- A. MACÍAS CASTILLO, «Derecho a la propia imagen: requisitos para prestar el consentimiento válidamente», *Práctica, Derecho de Daños*, núm. 39, 2.006.
- , «El precio de la intimidad (Reflexiones en torno a la cuantificación del daño moral en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982)», en *Estudios de Derecho de Obligaciones en Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, t. II, La Ley, Madrid, 2.006.
- J.A. MARTÍN PÉREZ, «Capacidad jurídica y valor del consentimiento del menor en el ejercicio de los derechos de la personalidad. Especial atención a las decisiones relativas al ámbito de la salud», en *Menores: Instituciones de protección y responsabilidad*, coord. MARTÍNEZ GALLEGO, Fundación Diagrama, Murcia 2004.

X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, La Ley, Madrid 1.991

—, «Personalidad y derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen) del menor, según la Ley de protección del menor», *Diario La Ley*, 1.996, Ref. D-239, T. 4.

A. PASCUAL MEDRANO, *El derecho fundamental a la propia imagen. Fundamento, contenido, titularidad y límites*, Thomson-Aranzadi, Pamplona 2.003.

M.E. ROVIRA SUEIRO, *El derecho a la propia imagen. Especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito*, Cedecs, Barcelona 1.999.