

«LA PROTECCIÓ DELS DRETS DE LA PERSONALITAT DEL MENOR D'EDAT», TESI DOCTORAL D'ALEJANDRA DE LAMA AYMÀ, UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA, 2004

El dia 1 d'octubre de 2004 la professora Alejandra de Lama Aymá va defensar la tesi doctoral dirigida per la professora doctora M. Carmen Gete-Alonso y Calera i titulada «La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad». L'acte va tenir lloc a la Sala de Graus de la Facultat de Dret de la Universitat Autònoma de Barcelona i es va fer davant del tribunal format pel professor doctor Lluís Puig Ferriol com a president, pels professors doctors Francisco Rivero Hernández i Joan Egea Fernández i la professora doctora Francesca Puigpelat i Martí com a vocals, i per la professora doctora Isabel González Pacanowska com a secretària. Aquesta tesi doctoral va rebre la qualificació d'excel·lent *cum laude* i es publicarà a l'editorial Tirant lo Blanc.

El criteri que ha de permetre exercir els drets de la personalitat és el de la capacitat natural, de manera que el menor amb maduresa podrà exercir aquests drets per si mateix. Tanmateix, això només trasllada el problema a un estadi anterior, ja que queda pendent què succeeix quan el menor no té capacitat natural per a exercir-los. Aquesta tesi doctoral se situa en aquest marc i té com a objectiu analitzar com es protegeix la personalitat del menor quan aquest té maduresa, moment a partir del qual pot actuar per si mateix i està, com a regla general, exclosa la representació legal, i com es protegeix la personalitat del menor quan aquest no té la maduresa suficient per a actuar. Aquest treball aborda aquest tema des d'un punt de vista abstracte, elaborant una teoria general, i des del punt de vista concret de l'estudi d'aquells drets que presenten major interès.

Es manté que els drets de la personalitat són drets subjectius, tot i que es considera que el dret subjectiu no proporciona com a categoria jurídica una protecció suficient de la personalitat i dels béns jurídics que emanen d'aquesta. Existeixen diferents formes de protecció de la personalitat que no són excloents, sinó complementàries, i el dret subjectiu és una d'aquestes, però no l'única. Per això, quan mitjançant el dret subjectiu no es pot garantir la protecció de la personalitat, cal acudir a d'altres figures com ara l'interès legítim i el dret-funció, que es configuren com una protecció, duta a terme per persones alienes, de la titularitat dels drets subjectius de la personalitat.

Tot i que els articles 162.2 CC i 155.2 CF neixen amb vocació de regular els àmbits en què està exclosa la representació legal dels pares, acaben establint normes relatives a la capacitat del menor de les quals es pot concloure que aquest pot exercir els seus drets de la personalitat quan tingui prou maduresa i una llei no exigeixi una determinada edat per a fer-ho. Tanmateix, és aconsellable

establir unes edats orientatives per a determinar quan hi ha maduresa suficient, si bé aquesta dependrà de cada menor i de l'acte que s'ha de realitzar. Per sobre dels setze anys es té maduresa llevat que una llei exigeixi majoria d'edat per a actuar; entre els dotze i els setze anys hi ha una zona conflictiva en què caldrà analitzar el cas concret i la rellevància de l'acte, i, finalment, per sota dels dotze anys no es presumeix la capacitat però es deixa la porta oberta per a demostrar que n'hi ha per a un determinat acte, si bé per sota dels set anys sembla difícil que això succeeixi. Tanmateix, fins i tot quan el menor té maduresa, la seva actuació està limitada per la llei, la protecció del seu interès i els drets de tercers.

La regla general que es desprèn dels articles 162 CC i 155 CF és l'exclusió de la representació legal en l'àmbit dels drets de la personalitat, però s'ha d'entendre que excepcionalment aquesta serà possible sempre que una llei ho permeti, el menor no pugui exercir per si mateix el dret, se l'escolti i s'actui en interès seu i, finalment, s'estableixi un control previ i/o posterior del ministeri fiscal o el jutge.

En relació amb el dret a la imatge del menor, baldament l'article 2.1 de la Llei orgànica 1/1982 estableix que en la determinació de la protecció d'aquests drets es tindran en compte els actes que mantingui cada persona «para sí mismo o su familia», cal entendre que els actes dels pares només es tindran en compte quan incrementin la protecció del dret del menor, però no quan la disminueixin.

L'article 4.3 de la Llei orgànica 1/1996 té la virtut d'establir un criteri general per a determinar quan una intromissió en el dret del menor és il·legítima, ja que diu que el consentiment dels representants o del mateix menor a la intromissió en el dret és irrellevant quan amb aquesta es perjudiquin l'honor del menor o el seu interès, això és, els seus béns jurídics de la personalitat. En la resta de casos, el consentiment legitimarà la intromissió, tot i que cal diferenciar entre l'autorització a l'ús de la imatge i el consentiment en un contracte sobre la imatge, en el qual hi ha una autorització d'ús i també un autèntic consentiment contractual, àmbit en què el menor té limitada la seva capacitat. En relació amb l'ús de la imatge en el seu vessant fonamental, serà el menor qui haurà de donar el consentiment quan tingui prou maduresa, i els representants quan no la tingui. De l'anàlisi del Projecte de llei orgànica 1/1982 s'ha deduït que el menor haurà de donar el seu consentiment a partir dels dotze anys i també abans si es demostra que té maduresa. Respecte al consentiment en el contracte sobre la imatge que signifiqui la realització d'una prestació personal, el menor haurà de donar el seu consentiment quan tingui prou maduresa, cosa que presumeix l'article 156 CF a partir dels dotze anys. Els representants no podran consentir aquest contracte quan el menor no tingui prou maduresa, sinó que, en tot cas, estarem davant d'una promesa de fet aliè en la qual els obligats són els pares, no

el menor. Cal entendre que el menor amb setze anys o més podrà consentir aquest tipus de contracte per si mateix, tot i que, si no està emancipat, requerirà el complement de la seva capacitat. Per bé que el treball està prohibit per sota dels setze anys, el Reial decret 1435/1985, d'1 d'agost, el permet excepcionalment en l'àmbit dels espectacles públics, en els quals hem d'encabir normalment el contracte sobre la imatge que significa la realització d'una prestació personal, per la qual cosa cal entendre que, entre els dotze i els setze anys, tot i que és necessari el complement de la capacitat del menor per tal de garantir la protecció del seu interès personal i econòmic, es presumeix la maduresa per a consentir aquests contractes, i també per sota d'aquesta edat si es demostra la maduresa suficient.

Baldament la doctrina majoritària ho nega, en aquest treball es manté la possibilitat de revocar el consentiment a l'ús de la imatge també quan aquest s'ha prestat en l'àmbit contractual, si bé aquí caldria reconduir la revocació a la figura de l'incompliment contractual. Si el menor té maduresa per a consentir l'ús de la imatge, també podrà revocar el consentiment, i quan no la té i han de consentir els representants, aquests podran revocar sense necessitat d'intervenció del ministeri fiscal.

En relació amb el dret a la intimitat, interessa aquí destacar que el menor té dret al secret mèdic fins i tot en relació amb els pares sempre que tingui prou maduresa, ho sol·liciti expressament i el secret no signifiqui un perjudici per a ell. El metge quedarà rellevat del deure de secret quan descobreixi l'existència de maltractaments físics o psíquics o d'abusos sexuals.

Tot i que la regla general és la disponibilitat del dret a l'honor, això no es pot mantenir en relació amb l'honor del menor, perquè la disposició d'aquest és per definició contrària al seu interès i al lliure desenvolupament de la seva personalitat. Per tant, els representants legals no podran disposar-ne, perquè seria contrari als principis d'actuació en benefici del menor i respecte de la seva personalitat que inspiren la pàtria potestat i la tutela i perquè l'article 4.3 de la Llei orgànica 1/1996 estableix la irrellevància del consentiment dels representants quan la cessió del dret és contrària a l'honor del menor o al seu interès. Per això el menor tampoc no podrà disposar vàlidament del seu dret a l'honor encara que tingui maduresa.

No pot deixar-se de fer una menció a la relació dels drets a l'honor, la intimitat i la pròpia imatge i la llibertat d'informació. En aquest sentit, cal dir que el consentiment dels representants o del menor amb maduresa legitimarà la informació que afecti aquests drets sempre que no sigui contrària a l'interès del menor, això és, al lliure desenvolupament de la seva personalitat i als béns jurídics que emanen d'aquesta. Si no hi ha consentiment, també podrà ser legítim

informar sobre el menor sempre que existeixi interès públic en la notícia i veracitat i no-gratuitat d'aquesta, si bé en aquest cas, a més, s'haurà d'informar segons el principi de l'ètica professional i el principi de la no-identificació del menor.

En relació amb el consentiment informat del menor als tractaments i les intervencions mèdiques, es considera que a partir dels setze anys aquest té maduresa per a consentir, per sota dels dotze cal presumir-ne la no-existència i entre els dotze i els setze caldrà tenir en compte la gravetat de la situació mèdica, la raonabilitat de la postura del menor, la llibertat amb què aquest decideix i el grau de desenvolupament efectiu, per tal de determinar la possibilitat que el menor presti el consentiment informat. Tanmateix, encara que el menor tingui prou maduresa per a decidir, caldrà informar els pares quan es posi en greu perill la salut del menor. En cas de desacord entre els pares o tutors i el menor amb maduresa, serà el jutge qui decidirà. Quan el menor no tingui prou maduresa, decidiran els pares o tutors, no en qualitat de representants legals, sinó com a titulars de la pàtria potestat, i hauran d'escoltar el menor i actuar en interès seu, perquè, en cas contrari, els metges ho comunicaran a l'autoritat judicial.