

## PROTECCIÓN DE DATOS DE MENORES

*Nuria Cuadrado Gamarra*

Doctora en Derecho. Profesora de la Facultad de Derecho,  
Universidad Complutense de Madrid.

**SUMARIO:** I.- INTRODUCCIÓN.- II.- LEGISLACIÓN.- III.- PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD ANTE LA JUSTICIA.- IV.- PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD ANTE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN.- V.- EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN OTROS ÁMBITOS.- VI.- LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN INTERNET.- VII.- BIBLIOGRAFÍA.-

### I. INTRODUCCIÓN

Hasta hace poco tiempo, la consideración social de los menores se limitaba a entenderlos como incapaces, como personas *in fieri*, a los que había únicamente que brindar protección.

Sin embargo, en los últimos años asistimos a un rápido y continuo incremento del protagonismo de los niños en ese escaparate con tanta resonancia como son los medios de comunicación, reflejándose lógicamente este cambio social en nuestro ordenamiento jurídico. En España, podemos considerar la violación y el asesinato de las tres jóvenes de Alcácer en el año 1991 como el punto de partida principal a partir del cual la intromisión en los derechos fundamentales de los niños y adolescentes se convierte en algo normal, por cotidiano, en muchos medios de comunicación, en especial, la televisión.<sup>1</sup> La Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana ya ha abierto diligencias de investigación penal para investigar dos páginas publicadas en Internet, donde, entre sus contenidos, se encuentran fotografías de las autopsias de los cadáveres de las tres niñas asesinadas.

Cada vez son más frecuentes programas de entrevistas, concursos o telecomedias en los que participan menores y en los que no se respeta en absoluto su intimidad, a la par que su imagen se desvirtúa constantemente. Es también cierto que surgen respuestas que suponen avances en la defensa de los menores: cada día se crean nuevas asociaciones en pro de los derechos del niño, así como la promulgación de leyes que los amparan, pero en muchos casos la audiencia sigue marcando las pautas de conducta. Un alumno sólo es noticia si ha desapare-

<sup>1</sup> Ver la Sentencia número 287 de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Segunda, de 5 de septiembre de 1997.

cido o se ha suicidado por malas calificaciones. Y qué decir de los hijos de famosos cuya imagen vemos casi a diario.

Al derecho a la intimidad, que a pesar de ser considerado unánimemente como fundamental, se viola reiteradamente en el círculo más próximo del menor, y a la legislación que en su defensa se ha desarrollado nos referiremos en este brevísimo trabajo. Nos detendremos en aquellos ámbitos en los que se vulnera especialmente este derecho, como son el familiar, judicial, sanitario, medios de comunicación ordinarios e Internet.

Debemos evitar a toda costa que el menor quede desprotegido frente a la intromisión en su vida privada ya que, si bien es cierto que es un derecho personalísimo y fundamental para cualquier persona, en este caso presenta otras dimensiones, pues nos encontramos ante potenciales situaciones de peligro para su posterior desarrollo personal.

## II. LEGISLACIÓN

Existe una gran dispersión en cuanto a los textos donde se recogen los derechos fundamentales de los menores. En este somero análisis nos detendremos a considerar tanto la legislación internacional, como la nacional y la autonómica.

Podemos observar, en primer lugar, cómo de forma progresiva, estos derechos empiezan a ser conocidos y esgrimidos frente a las amenazas e intromisiones y el derecho a la intimidad no va a ser ajeno a este despertar en el reconocimiento de los legisladores. Sin embargo, el problema principal reside en su aplicación práctica.

El primer atisbo de reconocimiento jurídico de la necesaria protección a la infancia y a la juventud se presenta tarde, pero con rotunda claridad, tras la Segunda Guerra Mundial. La preocupación por el menor va a ser una constante en las Declaraciones de Derechos Humanos y en los Convenios y Pactos ratificados por los Estados. En la Declaración Americana de Derechos Humanos y en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 se recoge también este espíritu de protección, pero limitado a la situación de maternidad y primera infancia.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 afirma en su artículo 8º que "toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia". Y la Carta Social Europea de 1961 especifica que "los niños y los adolescentes tienen derecho a una protección especial contra los peligros físicos y morales a los que estén expuestos".

Sin embargo, no será hasta la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 cuando explícitamente se aborde el problema al reconocer que "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita de protección y cura especiales, así como la debida protección social, tanto antes como después del nacimiento (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente".

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 hace una mención especial a la situación del menor procesado o encarcelado. Se pretendía evitar la amenaza que

esto supondría para su intimidad, dada la sensibilidad y vulnerabilidad de la persona de esa edad. Así, en su artículo 14º se establece que "toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores".

Sobre estos aspectos inciden más específicamente las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de Justicia de menores de 1985. En su artículo 8º se refiere a la protección de la intimidad cuando dice: "En principio, no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de un menor delincuente". Además en su artículo 21º prevé que los registros de menores sean de carácter estrictamente confidencial.

La legislación española también refleja esta preocupación por la intimidad de los menores. 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, toma en consideración la particular situación de los menores, y en su artículo 3º afirma 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".

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, supone un gran avance en la defensa de los derechos de los menores en general y de la intimidad en particular. Refuerza la anterior Ley al prohibir la difusión de datos o imágenes de menores de edad en los medios de comunicación siempre que sea contrario al interés del menor, incluso cuando conste su propio consentimiento. Según indica la propia Exposición de Motivos de la Ley, se pretende con esta medida proteger al menor de posibles manipulaciones incluso por parte de sus propios representantes legales o grupos en que se mueve.

El artículo 4º de esta Ley recoge, dentro del Capítulo II dedicado a los Derechos del menor, lo concerniente al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen:

"1. Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones.

2. La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados.

3. 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.

4. 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.

5. Los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros”.

Por otro lado, debemos destacar el refuerzo que recibe la figura del Ministerio Fiscal, potenciándose su papel en las acciones a ejercitar ante una intromisión ilegítima en uno de los derechos de un menor, representando a los menores e incapaces que carezcan de representación legal.

En el ámbito de las comunidades autónomas, la Ley catalana 8/1995, de 27 de julio, de Menores y Adolescentes, Protección y Adopción, en su artículo 9º señala:

“1. Los niños y los adolescentes tienen derecho a la protección del honor, la intimidad y la propia imagen. Asimismo, debe preservarse a los niños y los adolescentes de la difusión publicitaria de sus datos personales, de la difusión de imágenes atentatorias a su dignidad y de la explotación económica de su imagen”.

2. La Administración de la Generalidad debe velar por el derecho a la intimidad y al honor de los niños y los adolescentes, especialmente de los que hayan sido objeto de agresiones sexuales, malos tratos o cualquier otra experiencia traumática”.

La Ley del Menor de La Rioja, Ley 4/1998, de 18 de marzo, en su artículo 89.2.h, establece que constituyen infracciones graves las acciones u omisiones que supongan incumplir el deber de confidencialidad o sigilo respecto a los datos personales de los niños, por parte de los profesionales que intervengan en su protección.

En este mismo sentido se pronuncia la Ley 1/1998, de 20 de abril, de Derechos y atención al Menor de Andalucía, al contemplar en su artículo 56 que “constituyen infracciones graves, las acciones y omisiones siguientes, siempre que no deban ser calificadas como muy graves con arreglo a lo dispuesto en el artículo 57 de la presente Ley:

f) Incumplir el deber de confidencialidad y sigilo respecto a los datos personales de los menores, por parte de los profesionales que intervengan en su protección”.

La Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor, de Castilla-La Mancha, en su Capítulo XI, regula el Registro de las situaciones del menor, registro en el que se van a inscribir todas las actuaciones llevadas a cabo con el mismo, garantizándose, por un lado, la confidencialidad de los datos y, por otro, que sólo puedan utilizarse en beneficio del propio menor.

La Comunidad de Madrid aprobó la Disposición Reguladora de los ficheros automatizados de datos de carácter personal existentes en la Institución del Defensor del Menor por Acuerdo de 9 de febrero de 1999. Y por Decreto 90/1999, de 10 de junio, reguló la creación,

modificación y supresión de los ficheros automatizados de datos de carácter personal, así como determinados aspectos en su mayoría de carácter procedimental y aquéllos referentes al ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación en el ámbito del Instituto Madrileño del Menor y la Familia. Así se crean los ficheros de familias numerosas, maltrato infantil, conflictos sociales, acogimiento familiar, etc.

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, se ha incorporado a este cuerpo normativo de protección de datos del menor. En su artículo 35.2 afirma que “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”. También el artículo 48 se refiere a los Expedientes personales de los menores sometidos a la ejecución y establece que “la entidad pública abrirá un expediente personal único a cada menor” y añade en su punto segundo: “dicho expediente tendrá carácter reservado y solamente tendrán acceso al mismo el Defensor del Pueblo o institución análoga de la correspondiente Comunidad Autónoma, los Jueces de Menores competentes, el Ministerio Fiscal y las personas que intervengan en la ejecución y estén autorizadas por la entidad pública de acuerdo con sus normas de organización. El menor, su letrado y, en su caso, su representante legal, también tendrán acceso al expediente”. Y, por último, en su Disposición Adicional 3ª, señala: “En el Ministerio de Justicia se llevará un Registro de sentencias firmes dictadas en aplicación de lo dispuesto en la presente Ley, cuyos datos sólo podrán ser utilizados por los Jueces de Menores y por el Ministerio Fiscal a efectos de lo establecido en los artículos 6, 30 y 47 de esta Ley, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y sus disposiciones complementarias”.

Por lo que respecta a esta última norma, la LO 15/1999, en ella sólo se hace referencia a la figura del menor en su artículo 7 (Datos especialmente protegidos) párrafo 6, cuando dice que no es necesario el consentimiento expreso 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”. Y el artículo 22 (Ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad) en su apartado 4º establece que “los datos personales registrados con fines policiales se cancelarán cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento”. A tales efectos, considera “especialmente la edad del afectado y el carácter de los datos almacenados”.

### III. PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD ANTE LA JUSTICIA

No debemos pasar por alto que el menor, cuando ha de comparecer ante la Administración de Justicia, se encuentra en una situación que, si es normalmente compleja y poco agradable para un adulto, es determinante y vital para él. El impacto de ese encuentro podría tener consecuencias poco favorables en su desarrollo posterior. Las sesiones de un juicio, el tratamiento dado en los medios de comunicación a los menores, el ingreso en un centro penitenciario o en un centro de rehabilitación, son situaciones que en alguna de sus fases pueden dar lugar a hechos que constituyen un riesgo para la vulneración de la intimidad del menor.

Respecto a los procesos en los que intervienen menores, según el Reglamento suplementario a la Ley de Tribunal Tutelar de Menores,<sup>2</sup> lo más prudente es guardar silencio y no publicar ni el nombre ni cualesquiera de los rasgos identificativos de los jóvenes delincuentes. Para garantizar la protección de los derechos del menor, todo juicio sobre menores debería estar cerrado a la prensa y al público. Es preciso advertir que la intervención en un proceso no ha de entenderse sólo como participación en calidad de imputado, sino también como víctima, testigo o en cualquiera otra condición. Estas medidas pueden dar lugar a situaciones en las que se produzcan colisiones entre derechos. Cabe recordar, en este sentido, el conocido "caso Arny" (relativo a la prostitución de menores en Sevilla en marzo de 1996) en que los abogados defensores de los inculcados exigían conocer la identidad de los autores de las acusaciones, amparándose en el derecho de todo acusado a conocer quién le acusa.<sup>3</sup>

Sobre la celebración pública o no de las sesiones de un juicio en el que alguno de los sujetos implicados sea menor de edad, la Sentencia del Tribunal Constitucional 71/1990, de 5 de abril, en su fundamento jurídico 7º, expresa que resulta evidente la conveniencia de preservar, a través de la aplicación de un régimen limitativo de la publicidad, los intereses del menor y del entorno familiar, que nada ganarían con una exteriorización de hechos y circunstancias que pertenecen normalmente a la intimidad personal y familiar, y podrían en cambio resultar perjudicados por una publicidad innecesaria e incomparable con la protección que merecen los niños, con arreglo a lo que dispone el artículo 39.4 de la Constitución española de 1978 (CE) y los Convenios Internacionales a los que remite dicho mandato.

El principio de publicidad en los procesos judiciales admite excepciones en los términos señalados en las leyes de procedimiento y así se recoge en el propio artículo 120.1 CE y en el artículo 233 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). En el ámbito internacional, en todos los Convenios y Pactos suscritos se garantiza esta protección de la intimidad en todas las etapas del proceso, no publicándose ninguna información que pueda dar lugar a la identificación del menor delincuente.

Esta protección de la intimidad del menor se hará extensiva no sólo a su persona, sino incluso a la de su familia. El derecho a la intimidad puede quedar violado directamente por un ataque personal, o puede darse una violación indirecta, pero igualmente perseguible, a través de un atentado a la intimidad familiar. Puede ver vulnerada el menor su intimidad tanto a

través de su aparición en un programa sensacionalista como cuando se explota su imagen en un anuncio publicitario en el que la entrevistada públicamente es su madre.

Esto nos lleva a plantearnos si puede un padre o una madre —o ambos de manera conjunta— disponer unilateralmente de su intimidad personal sin el consentimiento de su hijo. El problema se plantea tanto si el menor cuenta con la suficiente madurez como si carece de ella, pues podría resultar perjudicado en sus derechos en el momento futuro en el que fuese consciente de la actividad de sus progenitores.

Posiblemente no deberían poder disponer libremente de su derecho a la intimidad o a la de otros, en la medida en que esa disposición pudiera afectar a la intimidad de menores, cuya titularidad sostiene desde y para siempre. En caso contrario estaríamos ante una intromisión ilegítima, como se afirma en la Sentencia del Tribunal Constitucional 197/1991, relativa al conocido caso de los hijos adoptivos de Sara Montiel.<sup>4</sup>

#### IV. PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD ANTE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, en su artículo 16 afirma que "1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques".

También nuestra Constitución de 1978 recoge este principio en su artículo 20 al señalar que la libertad de expresión y el derecho a comunicar y recibir información veraz tiene sus límites en el derecho a la intimidad y la protección de la juventud y de la infancia. La LO 1/96 de Protección Jurídica del menor también sostiene esta idea en su artículo 8º.

Un informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos y de Derechos de los ciudadanos sobre una carta europea de derechos del niño (proyecto 27-4-1992) prevé plasmar los siguientes derechos de los niños:

Art. 8.29: "Todo niño tiene derecho a no ser objeto por parte de un tercero de intrusiones injustificables en su vida privada, en la de su familia, ni de sufrir atentados ilegales contra su honor".

Art. 8.43: "Todo niño tiene derecho a ser protegido contra la utilización de su imagen de forma lesiva para su dignidad".

<sup>2</sup> Por el Decreto de 11 de junio de 1948 se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, el Reglamento para su ejecución y el Estatuto de la Unión Nacional de estos Tribunales Tutelares de Menores y por el Decreto de 2 de julio de 1948 se reúne la legislación de protección de menores. El Tribunal Constitucional, en Sentencia 36/1991, de 14 de febrero, declaró inconstitucional el artículo 15 de la citada Ley, relativo al proceso, obligando al Gobierno y al Parlamento a presentar y aprobar, respectivamente, una nueva ley, la reguladora de la competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores, la LO 4/1992, legislación aplicable anteriormente a la promulgación y entrada en vigor de la nueva ley, LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

<sup>3</sup> Auto de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Sevilla sobre el juicio oral del denominado Caso Arny, de 19 de septiembre de 1997. «El Tribunal ante el que se va a substanciar el mencionado proceso ha decidido mediante auto motivado, celebrarlo a puerta cerrada, de acuerdo con las facultades que le otorgan los artículos 680 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 232.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 120.1 de la Constitución Española. Esta decisión no es susceptible de recurso alguno y por ello debe ser acatada por todos en cumplimiento del mandato de la C.E. artículo 118.

<sup>4</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 197/1991 de 17 de octubre, que recoge lo firmado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1989 sobre el mismo caso. En Boletín Oficial del Estado 274, del 15 de noviembre de 1991, págs. 22-26: «(...) la esfera privada, como parte del honor de la persona, incluye aquel sector de circunstancias que, sin ser secretas, ni de carácter íntimo, merecen, sin embargo, el respeto de todos, y son necesarios para garantizar el normal desenvolvimiento y la tranquilidad de los titulares particulares, sin que, en modo alguno, y fuera de los casos permitidos por la ley o las mismas circunstancias, se admitan intromisiones extrañas. El derecho que cada uno tiene a que se respete su vida privada garantiza la inviolabilidad de su vida privada y merece también protección la personalidad frente a publicación indebida de datos particulares o familiares, aunque no sean secretos, prescindiendo de si son ciertos o inciertos».

Todos defendemos la idea de que la libertad de expresión constituye una garantía para el resto de los Derechos Fundamentales, pero a menudo olvidamos que no existen derechos absolutos y que debemos respetar los límites de éstos y no parecernos natural, por ejemplo, que se interrogue a un menor en un plató de televisión sobre una supuesta relación sexual con un personaje conocido.

El conflicto entre libertad de expresión y derecho a la intimidad se plantea frecuentemente en la jurisprudencia, pero no tanto respecto de casos en los que los protagonistas son menores, aunque muchas veces sean los más afectados en este derecho. Uno de los casos más conocidos es el "caso de la niña del Duque de Feria", relativo a delitos de corrupción de menores, abusos sexuales y exhibicionismo.<sup>5</sup> En un primer momento se mantuvo el anonimato de la menor, pero poco después, debido a la presión de la audiencia o los lectores, conocíamos a la niña como si fuese nuestra vecina de toda la vida. El Fiscal General del Estado hizo una seria advertencia contra los medios de comunicación y contra la madre que la "paseó" por las distintas televisiones.<sup>6</sup> Con algunos niños enfermos de SIDA ha ocurrido lo mismo al difundir los medios de comunicación la noticia de su discriminación en las aulas.

La irresponsabilidad de los medios de comunicación se muestra, a menudo, de manera descarnada, en relación con los menores, al convertir a este colectivo en la víctima fácil de algunos reportajes o entrevistas. Estos espacios suelen nacer con la loable intención de ser programas que sirven para denunciar situaciones lamentables, pero rápidamente se transforman en programas-espectáculo, no sirviendo para el loable fin aparentemente propuesto y, en cambio, respondiendo a intereses espurios.

## V. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN OTROS ÁMBITOS

En la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 se recoge la necesidad de proteger a los menores frente a cualquier tipo de explotación. De entre los distintos tipos de abusos nos vamos a centrar en los que vulneran más claramente el derecho a la intimidad. El artículo 34 de dicha Convención se refiere a las actividades ilegales, a la prostitución infantil y a los espectáculos pornográficos, comprometiéndose los Estados que la suscriben a proteger al niño contra estas actuaciones. El Parlamento Europeo estima que debe penalizarse la posesión, la adquisición, el alquiler y el intercambio de los productos que contengan o difundan tales contenidos.

La protección de la infancia no sólo se produce ante su posible actuación como "espectadores" de este fenómeno, sino también para la situación aún más grave en que participan como "actores" del mismo. La intención de la Eurocámara es "proteger a quienes son explotados para fabricar" productos que se ofrecen a otros que pretenden ejercer su libertad en su expresión más absoluta y prevenir los abusos cuyas primeras víctimas serían los grupos más sensibles de la población.

<sup>5</sup> Ver la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 31 de enero de 1998.

<sup>6</sup> Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado. Año 1998. VI Legislatura. Comisiones. Núm. 235. Comisión Constitucional. Presidencia del Excmo. Sr. D. Pedro Agramunt Font De Mora. Sesión Informativa celebrada el martes 17 de febrero de 1998.

Es cierto que, posiblemente por error, tendemos a identificar la protección del menor como la protección a su moral. En la Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1982 se afirma que la pornografía no constituye para el ordenamiento jurídico vigente, siempre y en todos los casos, un ataque contra la moral pública. Pero cuando los destinatarios son menores –aunque no lo sean exclusivamente– y cuando éstos son sujeto pasivo y objeto de las fotografías y texto, el ataque que a la moral pública y a la infancia se produce cobra una intensidad superior.

Sin embargo, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de febrero de 1993, sobre la nulidad de la campaña institucional de difusión del uso del preservativo para la prevención de embarazos no deseados y de enfermedades de transmisión sexual no utilizó este argumento moral de mostrar fotografías y textos de menores, sino que declaró la campaña nula por considerarla inveraz e incompleta.

En el ámbito sanitario, por lo que respecta a la intimidad de los menores hospitalizados, la Resolución N° C 148/37 del Parlamento Europeo recoge los siguientes derechos:

"f) El derecho a negarse (...) como sujetos de investigación y a rechazar cualquier cuidado o examen cuyo propósito primordial sea educativo o informativo y no terapéutico.

g) Derecho de sus padres o de la persona que los sustituya a recibir todas las informaciones relativas a la enfermedad y al bienestar del niño, siempre y cuando el derecho fundamental de éste al respeto de su intimidad no se vea afectado por ello.

n) Derecho a ser tratado con tacto, educación y comprensión y a que se respete su intimidad.

u) Derecho a la seguridad de recibir los cuidados que necesita, incluso en el caso de que fuera necesaria la intervención de la justicia si los padres o la persona que los sustituya se los niegan por razones religiosas, de retraso cultural, de prejuicios, o no están en condiciones de dar los pasos oportunos para hacer frente a la urgencia".

En esta disposición se entremezclan distintos derechos y no sólo el de intimidad. Pero no es posible deslindar, máxime en el caso de menores, la violación de un derecho de la de otro.

Sobre la intimidad y el secreto de las comunicaciones y la inviolabilidad de la correspondencia, el párrafo 3° del artículo 497 del Código Penal (aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) establece que este aspecto no es aplicable a los padres, tutores o quienes hagan sus veces en cuanto a los papeles y cartas de sus hijos o menores que se hallen bajo su dependencia. En caso de conflicto entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información o educación de los hijos, debemos ponderar cuál es la solución más beneficiosa para la vida del menor.

Otro de los ámbitos sensibles a la intimidad es el campo de la adopción, principalmente debido a que puede tratarse de una violación del derecho a la intimidad que se proyecta en el futuro. La Convención Europea en materia de adopción de niños, de 24 de abril de 1967, prevé que no se revelará la identidad de la familia del adoptante y que los registros públicos

deberán cuidar la intimidad (artículo 20). Sobre este tema el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias sentencias; la más conocida es la 197/1991, ya referida en este trabajo y relativa a la adopción que realizó la actriz Sara Montiel. En esta sentencia se establece el principio de no publicidad de los datos del menor adoptado, ni por parte de sus padres biológicos ni por el de los adoptivos. En este mismo sentido, también se pueden plantear sombras de duda al respecto en los casos de reproducción asistida.

Ya la Sentencia del Tribunal Constitucional 231/1988 apuntaba que “no cabe duda que ciertos eventos que pueden ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho –propio y no ajeno– a la intimidad, constitucionalmente protegido”.

Cabe también apuntar el problema que, en relación con la investigación de la maternidad o de la paternidad, se pueda plantear respecto a la intimidad del menor. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1994 afirma que las resoluciones judiciales que disponen la investigación de la filiación sirven directamente a fines constitucionales y la interpretación de las leyes que rigen esta materia debe realizarse en el sentido que mejor procure por los padres el cumplimiento de sus deberes respecto a sus hijos menores, para lo cual aparece como instrumento imprescindible la investigación de la paternidad cuando ésta es desconocida. Sin embargo, como se ha reiterado a lo largo de este trabajo, una vez más el terreno en el que nos movemos es muy estrecho y estaremos en peligro de vulnerar la intimidad del menor ante una investigación de estas características.

Como decía Bertrand RUSSELL, es necesario que en una democracia la gente aprenda a soportar que se afecten sus sentimientos, pero el respeto hacia la intimidad y la dignidad de los niños y de los más jóvenes no va a poder depender de meros caprichos de índices de audiencia ni de niveles de aceptación, porque, si no, la democracia se desvirtuaría al cesar el respeto a los derechos humanos, en especial el que se debe a los más débiles.

## VI. LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN INTERNET

No existe una regulación uniforme en este medio, sino solamente pequeños parches de carácter nacional. Ante tal situación de vacío normativo, la Comisión Europea ha presentado un “Libro Verde de los contenidos ilícitos y nocivos en Internet”, de fecha 16 de octubre de 1996. Esta preocupación por la protección del menor tiene manifestación en nuestra vigente Ley General de Telecomunicaciones (Ley 32/2003, de 3 de noviembre), al establecer entre los objetivos de la ley, en su artículo 3, “e) Defender los intereses de los usuarios, asegurando su derecho al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas en adecuadas condiciones de elección, precio y calidad, y salvaguardar, en la prestación de éstos, la vigencia de los imperativos constitucionales, en particular, el de no discriminación, el del respeto a los derechos al honor, a la intimidad, a la protección de los datos personales y al secreto en las comunicaciones, el de la protección a la juventud y a la infancia y la satisfacción de las necesidades de los grupos con necesidades especiales, tales como las personas con discapacidad.

A estos efectos, podrán imponerse obligaciones a los prestadores de los servicios para la garantía de dichos derechos”.

En una Comisión Especial sobre Redes Informáticas celebrada en el Senado el 29 de abril de 1999, se establecía que, en relación con el tratamiento de datos sobre menores, ante la dificultad de conocer cuándo un menor facilita datos, se deben aplicar garantías indirectas para tratar de evitar riesgos que afectan a tales usuarios. Teniendo en cuenta la participación que ya da a los menores la Ley Orgánica de Protección del Menor, así como que, queramos o no, éstos van a estar manejando con soltura Internet, unas veces con el conocimiento de los titulares de la patria potestad y otras no, se debe llamar la atención sobre la obligación de los padres de ejercer su tutela sobre las actuaciones del menor. Mas, a pesar de ello, se trata de que la publicidad que pueda ir dirigida a menores sea adecuada para ellos. Se reconoce a los padres la posibilidad de que, preventivamente, puedan ejercer los derechos de acceso, cancelación y rectificación, debiendo respetarse la decisión paterna contraria a la solicitud de información de publicidad realizada por los hijos. A tal efecto, los anunciantes deberán animar a los menores para que consulten con sus padres. Finalmente, no podrán ceder los datos ni utilizarlos para campañas inadecuadas para la edad de los menores.

Si actualmente navegamos por Internet nos damos cuenta que estas recomendaciones ya se han plasmado en la mayoría de los portales o páginas que visitamos. Así por ejemplo, en TERRA se advierte: “Algunos de los servicios ofrecidos en el Portal o a través del Portal están dirigidos a menores de edad. En los servicios de esta clase en los que se produzca la recogida de Datos Personales, TERRA solicitará siempre la conformidad paterna para que los menores puedan acceder a ellos y sus Datos Personales puedan ser objeto de tratamiento automatizado según lo previsto en este aviso sobre la Política de Protección de Datos de TERRA”. O, por citar una página que contiene información y juegos dirigidos a niños, como la de Nestlé, en ésta se indica a los niños y jóvenes menores de 16 años que han de contar con el permiso de sus padres o tutores para proporcionar datos personales en las Webs de Nestlé.

Ya existe en España un “código ético” para la protección de datos personales en Internet, creado por la Asociación Española de Comercio Electrónico.<sup>7</sup> Este código ético dedica su Capítulo tercero al “Tratamiento de datos sobre los menores” (artículos 13-18) y establece que los anunciantes deberán tomar las más estrictas medidas de seguridad para garantizar la protección de los datos de los menores que se obtienen on line o limitar su cesión no autorizada a terceros. Para ello, dicho Código prevé que los padres sean los responsables del acceso de los menores a la información y a la recopilación de los datos sobre sus hijos. Asimismo, se refleja la obligatoriedad de los anunciantes de ofrecer la posibilidad a los padres de proteger on line la intimidad de sus hijos, incluyendo información sobre herramientas de software y control de acceso, que impidan a los menores proporcionar sus datos personales. Las empresas anunciantes deberán también comprometerse a utilizar los datos personales de los menores únicamente para los fines promocionales o de venta dirigidos al público infantil. También habrá de tenerse en cuenta la

<sup>7</sup> www.aecce.org

edad, el grado de conocimiento y la madurez de los pequeños a la hora de dirigirse a ellos. Sin embargo, según un estudio de cuarenta webs infantiles europeos realizado por la European Research into Consumer Affairs (ERICA) dentro del programa Internet Segura, la mitad de webs infantiles europeos carece de medidas de seguridad sobre protección de datos de menores.<sup>8</sup>

En EEUU existen diversas iniciativas entre las que pueden encontrarse instituciones creadas con el único fin de preservar la intimidad del menor. Tal es el caso del Centre for Media Education, entidad impulsora de la Children's Online Privacy Protection Act (COPPA), elaborada en 1998 y en vigor desde abril de 2000, que establece una serie de normas a fin de preservar la privacidad de los niños en Internet. En marzo de 2004 se ha presentado un proyecto de ley en el Senado de Estados Unidos en el que se les prohíbe a las empresas vender información personal de niños menores de 16 años sin el consentimiento de sus padres. Los senadores Ron Wyden (Partido Demócrata, Oregon) y Ted Stevens (Partido Republicano, Alaska) presentaron la Ley de Privacidad de los Niños en relación con la Venta de Datos para limitar la venta de información identificable con el propósito de realizar campañas de marketing dirigidas a los niños, como parte de un paquete de leyes más amplio orientado a ayudar a los padres en la lucha contra los ataques comerciales que sufren sus hijos.<sup>9</sup>

Pero, como apuntábamos al comienzo de este trabajo, los derechos humanos, los derechos del niño, no existen por el hecho de estar proclamados o ratificados por los Estados. Los derechos existen cuando se ejercen y es la sociedad la que debe tomar conciencia de la progresiva violación de la intimidad de los niños y fomentar su protección.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, José M<sup>a</sup>. "Notas a la nueva regulación de la protección de datos de carácter personal", en *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, núm. 5036, Madrid, 2000, pp. 1 - 5.
- ANCOS FRANCO, Helena. "El tratamiento automatizado de datos personales en el ámbito de las telecomunicaciones. Comentario a la Consulta 1/1999 de la Fiscalía General del Estado", en *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, Tomo de Jurisprudencia, núm. 3, Madrid, 1999, pp. 2035 - 2039.
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. "El consentimiento en la Ley 1/1982, de 5 de mayo, con especial referencia al prestado por menores e incapaces", en *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, núm. 4208, Madrid, 1997, pp. 1 - 5.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. "El tratamiento del secreto y el derecho a la intimidad del menor. Eficacia del consentimiento", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 12, Madrid, 1998, pp. 293 - 325.
- CORRIPIO GIL-DELGADO, Reyes. "La protección de datos personales en las autopistas de la información", en *XXII Encuentros sobre Informática y Derecho 1998-1999*, Facultad de Derecho e Instituto de Informática Jurídica de la Universidad Pontificia de Comillas (ICADE), Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 105 - 126.
- FELIÚ REY, Manuel Ignacio. "La protección del menor en las telecomunicaciones", en *Estudios sobre Consumo*, núm. 48, Madrid, 1999, pp. 9 - 20.
- GARCÍA ONTOSO, Rosa María. "Comentarios a la nueva Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, de 13 de diciembre de 1999", en *Actualidad Informática Aranzadi*, núm. 34, Madrid, enero de 2000, pp. 1, 8 - 10.
- GONZÁLEZ BALLESTEROS, Teodoro. "Libertad de expresión e Internet en el ámbito del Derecho", en *Actualidad Informática Aranzadi*, nº 32, Madrid, julio de 1999, pp. 1, 5 - 7.
- JACOB, Joachim: "Datos objeto de protección especial: datos de carácter médico-social", en *XX Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos celebrada en Santiago de Compostela*, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1999, pp. 307 - 315.
- LORENZO MARTÍN, Josefa. "La protección del menor en la Comunidad autónoma de Madrid", en *Derechos Civiles de España*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 5029 - 5045.
- MADRID (COMUNIDAD AUTÓNOMA). DEFENSOR DEL MENOR. Informe anual 1999, El Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid, Madrid, 2000.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. "Razones y sinrazones para una reforma anunciada [de los delitos contra la libertad sexual]", en *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, núm. 4320, Madrid, junio de 1997, pp. 1-10.
- PÉREZ CATALAN, Joaquín. "La protección de datos personales y la privacidad en Internet", en *Los retos jurídicos de la información en Internet: las libertades de acceso y difusión*, Seminario Complutense de Telecomunicaciones e Información, Madrid, 1998, pp. 85-94.
- SÁNCHEZ DE DIEGO, Manuel. "Intimidad y privacidad en la red: consideraciones jurídicas del derecho español", en *Los Retos jurídicos de la información en Internet: las libertades de acceso y difusión*, Seminario Complutense de Telecomunicaciones e Información, Madrid, 1998, pp. 63 - 76.
- SUÑE LLINÁS, Emilio. "La protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones", en *XXII Encuentros sobre Informática y Derecho 1998-1999*, Facultad de Derecho e Instituto de Informática Jurídica de la Universidad Pontificia de Comillas (ICADE), Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 79 - 90.

<sup>8</sup> www.internetsegura.es y www.fcr.es

<sup>9</sup> www.delitosinformaticos.com/protecciondatos/lopd-menores.shtml

- “Marco jurídico del tratamiento de datos personales en la Unión Europea”, en “Jornadas sobre la Amortización Legislativa en la Unión Europea” (1998. Madrid), Dykinson, Madrid, 1999, pp. 245 – 274.

- “Tratado de Derecho Informático”, vol. I, 2ª ed., Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2002.