

ASPECTOS RELEVANTES DE LA INSTRUCCIÓN 1/2017 DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, SOBRE LA ACTUACIÓN DEL FISCAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN DE MENORES DE EDAD CON DISCAPACIDAD ANTE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL.

RELEVANT ASPECTS OF THE PROSECUTOR GENERAL'S OFFICE INSTRUCTION 1/2017, ABOUT PROSECUTION ACTIONS FOR THE PROTECTION OF THE RIGHTS TO HONOR, PRIVACY AND PERSONAL PORTRAYAL OF MINORS WITH DISABILITY BEFORE THE AUDIOVISUAL MEDIA.

MIGUEL BALLESTER PARICIO
Traineeship en IDIBE

RESUMEN: La Instrucción 1/2017 de la Fiscalía General del Estado trata de dotar a los fiscales de ciertas reglas o pautas de actuación en materia de protección de los derechos al honor, intimidad y propia imagen de menores de edad con discapacidad frente a posibles intromisiones en el ámbito de los medios de comunicación audiovisual. En las siguientes líneas se expone un resumen de los aspectos más relevantes de la citada Instrucción.

ABSTRACT: The Prosecutor General's Office instruction 1/2017 tries to provide prosecutors with certain rules or guidelines for action in the area of protection of of the rights to honor, privacy and personal portrayal of minors with disability against possible violations in the field of audiovisual media. The following lines summarize the most relevant aspects of this Instruction.

PALABRAS CLAVE: Instrucción 1/2007 de la Fiscalía General del Estado; derechos al honor, intimidad y propia imagen; menores de edad con discapacidad.

KEY WORDS: Prosecutor General's Office instruction 1/2017; rights to honor, privacy and personal portrayal; minors with disability.

SUMARIO: 1. Objeto de la Instrucción. 2. Intromisiones que deben considerarse intolerables. 3. La imagen social de las personas con discapacidad. 4. La comunicación del consentimiento proyectado. 5. Algunas cuestiones procesales. 6. Conclusiones.

1. Objeto de la instrucción.

Partiendo de la base de que el Comité de los Derechos del Niño (Observación General n1 9 de 2006) ha subrayado la importancia de la utilización de los medios de comunicación para el fomento de actitudes positivas hacia los niños con discapacidad, teniendo presente la existencia desde el año 2012 del Convenio de colaboración entre la Fiscalía General del Estado y el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad en materia de derecho de protección de la imagen de las niñas y niños con discapacidad en los medios de comunicación, la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE) entiende que, dada la necesidad de dotar de una protección reforzada a este colectivo, es preciso emitir unas directrices generales para conocimiento y coordinación de las diversas áreas en que están estructuradas las Fiscalías Provinciales.

2. Intromisiones que deben considerarse intolerables

Se consideran intromisiones intolerables, (i) aquellas que lo sean con carácter general para los menores de edad; y (ii) aquellos actos de discriminación en el sentido de la actual *Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social* (en adelante, LGDPD) cuyo objeto lo constituye, por un lado, “garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad y la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación, conforme a los arts. 9.2, 10, 14 y 49 de la CE y a la CDPD y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España” y, por otro, “establecer el régimen de infracciones y sanciones que garantizan las condiciones básicas en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad”.

En relación al *primer tipo de intromisiones intolerables* (las relativas a los menores de edad), hay que recordar la vigencia de la Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, a la que deben añadirse el desarrollo de principios de autorregulación en las cadenas de televisión así como la proliferación de normativa administrativa sancionadora en la materia, tanto de ámbito estatal como autonómico.

A su vez, dentro del desarrollo de *principios de autorregulación* conviene mencionar el apartado II. 2 del *Código de Autorregulación de Contenidos Televisivos e Infancia*, firmado por el Gobierno y los principales operadores de televisión, dedicado a la “Presencia de los menores en la programación televisiva: Programas, informativos y publicidad”. Del texto de dicho precepto se desprenden las siguientes directrices:

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

En lo que se refiere a la *normativa sancionadora estatal*, cabe citar el art. 7 de la *Ley General de la Comunicación Audiovisual* (en adelante, LGCA) que establece que “en todo caso, está prohibida la difusión del nombre, la imagen u otros datos que permitan la identificación de los menores en el contexto de hechos delictivos o emisiones que discutan su tutela o filiación”. Del contenido de dicho precepto se debe aclarar que los dos contextos que se mencionan en él no constituyen un “*numerus clausus*” en tanto, de conformidad con el art. 158 del Código Civil, la protección también debe abarcar cualquier emisión que, bien por su contenido o bien por la forma de presentación, pueda ocasionar perjuicios para el menor o sea susceptible de afectar a su dignidad. Siguiendo con la misma norma, la LGCA, en su art. 57.4 prevé como infracción muy grave “la difusión del nombre, la imagen u otros datos que permitan la identificación de los menores en el contexto de hechos delictivos o en emisiones que discutan su tutela o filiación” y, como infracción grave, “el incumplimiento de los códigos de autorregulación de conducta”. Por su parte, el catálogo de sanciones se recoge en su artículo 60.

En cuanto a la *normativa autonómica*, el art. 56 LGCA expresa: “las Comunidades Autónomas ejercerán las competencias de supervisión, control y protección activa para garantizar el cumplimiento de lo previsto en esta Ley y, en su caso, la potestad sancionadora en relación con los servicios de comunicación audiovisual cuyo ámbito de cobertura, cualquiera que sea el medio de transmisión empleado, no sobrepase sus respectivos límites territoriales. También serán competentes en relación con los servicios audiovisuales cuya prestación se realice directamente por ellas o por entidades a las que hayan conferido su gestión dentro del correspondiente ámbito autonómico”.

A nivel internacional es menester destacar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 (en adelante, CDPD) y, en concreto, los principios generales consagrados en su art. 3 como son, el de no discriminación e igualdad de oportunidades, respeto de la dignidad, la autonomía individual y la

independencia de las personas, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas y la accesibilidad. Tales principios junto a la obligación del art. 8 relativa a la toma de conciencia son una muestra del fin último que pretende dicha normativa y que no es otro que “la imagen [de los menores de edad] sea coherente con un enfoque de derechos humanos y no con una imagen de beneficencia, de lástima o de conmiseración, lo que obliga a un tratamiento audiovisual de la discapacidad desde la dignidad humana.”.

Finalmente, *desde el punto de vista penal*, el Estado sanciona ciertas conductas discriminatorias como las recogidas, por ejemplo, en los arts. 510 y 515 CP.

3. La imagen social de las personas con discapacidad

El art. 8.2 CDPD, entre las medidas inmediatas, efectivas y pertinentes que los estados Partes se comprometen a adoptar, incluye la de “alentar a todos los órganos de los medios de comunicación a que difundan una imagen de las personas con discapacidad que sea compatible con el propósito de la presente Convención”. Lo anterior supone un llamamiento a los medios a colaborar en la “definición de la discapacidad” y a “participar en la configuración y definición de la identidad social de la discapacidad”. A dicho llamamiento responde tanto la constitución en 2007 del Comité de Apoyo a las Personas con Discapacidad en los Medios Audiovisuales, como la creación por parte el CERMI de la Comisión de Imagen Social de la Discapacidad y Medios de Comunicación, que ha elaborado el Decálogo para un uso apropiado de la imagen social de las personas con discapacidad “como conjunto de buenas pautas a seguir en estos ámbitos, partiendo de la necesidad de reflejar a las personas con discapacidad en los medios, en proporción a su presencia en la sociedad, con normalidad, objetividad, precisión, rigor y lenguaje neutral, de focalizar la atención en la totalidad de la persona y no en la discapacidad, y ofrecer un panorama real de la diversidad dentro de la discapacidad.”.

Dicho lo anterior, la Instrucción diferencia la idea de “imagen social” de la representación gráfica de la figura humana que comprende el derecho a la propia imagen y afecta al derecho al honor. En tal sentido, el art. 8.5 LGCA contiene un triple mandato: (i) ofrecer una imagen ajustada, normalizada, respetuosa e inclusiva de las personas con discapacidad; (ii) evitar difundir percepciones estereotipadas, sesgadas o producto de los prejuicios sociales; (iii) tratar de que su aparición en la programación sea proporcional al peso y a la participación de estas personas en el conjunto de la sociedad.

Finalmente, la Instrucción ordena que “[a]nte la emisión de contenidos intolerables descritos en el epígrafe precedente, los Sres. Fiscales procederán al ejercicio de las correspondientes acciones judiciales. *Ante la emisión de contenidos no intolerables pero que no respondan inicialmente a la imagen social que exige la CDPD*, y por tanto se afecte a los derechos de los niños y niñas con discapacidad por la actuación de los medios de

comunicación, los Sres. Fiscales procederán a notificar tales situaciones a la Unidad de Menores de la FGE al objeto de realizar las comunicaciones correspondientes al CERMI con el fin de que, por el mismo, se apliquen las restantes medidas alternativas para la eficacia del derecho fundamental contenidas en el Convenio de colaboración.”.

4. La comunicación del consentimiento proyectado

El art. 3 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen dispone que el consentimiento de los menores y personas con capacidad modificada judicialmente puede otorgarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten. En caso contrario, debe otorgarse por escrito por el representante legal que queda obligado a, previamente, poner en conocimiento del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo legalmente establecido de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el juez (vid arts. 59 y 60 Ley de la Jurisdicción Voluntaria).

Por su parte, la LO de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM) matizó lo anterior, estableciendo que la difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar menoscabo de su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados.

Tanto la previa notificación del representante legal al Ministerio Fiscal como la aquiescencia del Fiscal, la cual se presume por el mero transcurso del plazo legal de ocho días sin que se haya pronunciado, constituyen una *conditio iuris* para la eficacia del consentimiento prestado por el representante.

No obstante lo anterior, de la práctica diaria de las Secciones de Menores de las Fiscalías se desprende que quien emite la comunicación previa que exige el art. 3 LO 1/1982 es la productora que realiza el programa, y no los representantes legales de los niños. Con todo ello, se ha detectado que tales comunicaciones adolecen frecuentemente de ciertos presupuestos formales importantes, como: (i) la documentación de la conformidad con la emisión, esto es, el escrito firmado por los padres o representantes legales, en el que se describan mínimamente los contenidos aceptados; (ii) la justificación de haberse explicado de forma comprensible (o, al menos, haberse intentado, según la edad, madurez y capacidades cognitivas concretas del niño o la niña) la naturaleza y consecuencias del acto que se va a realizar; (iii) la copia de las imágenes que pretenden emitirse en el programa televisivo o, por lo menos, de tratarse de un programa en directo, la descripción de las preguntas y de la forma en que se va a llevar a cabo el programa.

5. Algunas cuestiones procesales

La Ley de la Jurisdicción Voluntaria ha introducido un nuevo expediente (arts. 59 y 60) del que es competente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente, para obtener la aprobación judicial del consentimiento cuando el Fiscal se hubiere opuesto al otorgado por el representante legal del menor o persona con capacidad modificada judicialmente.

En este nuevo expediente, sin ser preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador, la parte solicitante es el representante legal. La solicitud debe incorporar “el documento que conste la notificación de la oposición del Ministerio Fiscal y los que acrediten si representación legal”. Los interesados son el menor o la persona con capacidad modificada judicialmente cuya audiencia se realizará sólo “si el Juez lo creyera necesario”, puesto que, tal y como apuntó el Informe al Anteproyecto del CGPJ (páginas 121 y 122) “Si se ha suscitado este expediente es precisamente por la necesidad de intervención del representante legal, ante la falta de madurez suficiente por parte del menor o incapacitado. Si el Juez considera que el afectado, de cuyo honor, intimidad o imagen se trata, posee condiciones suficientes de madurez como para ser oído en la comparecencia, entonces debería sencillamente admitir que su consentimiento al respecto es lo suficientemente relevante como para excluir que la intromisión en cuestión deba considerarse ilegítima (...)”. Además del menor o la persona con capacidad modificada judicialmente, la Ley, en su art. 60.2, prevé la existencia “otros interesados” que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, cuya presencia en la comparecencia es obligada, podrá acordar que se cite a la comparecencia.

En cuanto al recurso de apelación, al tratarse de una cuestión tocante a derechos fundamentales, se le reconoce efecto suspensivo y carácter preferente. Por su parte, el art. 60.5 expresa, en relación a la revocación del consentimiento otorgado, “si los representantes legales del menor o de la persona con la capacidad modificada judicialmente quisieran que se revocara el consentimiento otorgado judicialmente, lo pondrán en conocimiento del Juez, quien dictará resolución dejándolo sin efecto”.

La redacción dada por la reforma operada por la LO 5/2010, del art. 9.2 de la LO 1/1982 dispone que en caso de intromisión en el derecho al honor, el restablecimiento del derecho violado incluirá, sin perjuicio del derecho de réplica por el procedimiento legalmente previsto, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida”. En esta materia, la STS Sala 1ª, nº 667/2014, de fecha 27 de noviembre, aclaró que la disposición limita la publicación al caso de intromisión en el derecho al honor (aunque mantiene la aplicación a los derechos a la intimidad e imagen en los casos anteriores a la fecha de entrada en vigor de la reforma).

Al hilo de lo anterior, la citada Instrucción 2/2006 expresa que “la difusión de la sentencia en el medio generalmente no contribuirá a la reparación del daño, sino que, por el contrario, puede trasladar de nuevo a la opinión pública los hechos que se han

considerado perjudiciales para el menor”. Como consecuencia de lo anterior, la Instrucción establece que “dependiendo de las concretas circunstancias concurrentes los Sres. Fiscales postularán, bien una publicación parcial de la sentencia, evitando perjuicios al menor, bien pura y llanamente, interesarán la no aplicación del artículo 9.2 LO 1/1982 cuando la publicación en sí pueda ser contraria al superior interés del menor. En este sentido se han pronunciado las SSAP Madrid, sec. 13a, no 83/2003, de 14 de noviembre; Madrid, sec. 19a, no 193/1999, de 11 de marzo y Sevilla, sec. 6a, no 99/2004, de 23 de febrero.”.

6. Conclusiones

Por su gran relevancia se reproduce el epígrafe “Conclusiones” de la Instrucción:

“1º Los Sres. Fiscales analizarán la aparición de niños y niñas con discapacidad en los medios de comunicación audiovisual partiendo de la protección reforzada que ha de dispensarse en tanto menores de edad, por un lado, y personas con discapacidad, por otro.

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

2º Al valorar este tipo de emisiones, los Sres. Fiscales se ajustarán a las siguientes pautas:

A.- Mantiene plena vigencia los criterios contenidos en la Instrucción 2/2006 sobre *el Fiscal y la Protección del Derecho al Honor, Intimidad y Propia Imagen de los Menores*. Tales criterios se aplicarán, tras las tareas de comprobación de los contenidos que exigen los arts. 3 LO 1/1982 y 4 LOPJM.

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

3º El marco de los contenidos intolerables que justificaría el ejercicio de acciones judiciales por parte del Fiscal se define desde la doble óptica de:

- Los actos de intromisión ilegítima en los derechos fundamentales de cualquier persona menor de edad.
- Los actos de discriminación en el tenor de la LGDPD.

4° En caso de que la emisión (cualquiera que sea su formato) no contemple contenidos intolerables, pero pueda verse afectada la imagen social de los niños y niñas con discapacidad por la actuación de los medios de comunicación por no responder a los criterios que exige la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, los Sres. Fiscales se abstendrán del ejercicio de acciones judiciales.

No obstante, a través del Fiscal Delegado de Menores, pondrán el caso en conocimiento de la Unidad de Menores de la FGE al objeto de su correspondiente comunicación al CERMI para que, por el mismo, se procuren las restantes medidas alternativas para la plena eficacia del derecho fundamental.

5° Para facilitar la labor de la Comisión de Seguimiento creada conforme al Convenio de colaboración entre la FGE y el CERMI, los Sres. Fiscales comunicarán a la Unidad de Menores de la FGE los casos relativos a programas cuyos contenidos o formas de presentación revistan características especiales o alguna complejidad.

6° El despacho de estos asuntos corresponde a las Secciones de Menores de las Fiscalías Provinciales.”