

INSTRUCCION NUMERO 2/1993, de 15 de marzo

**SOBRE FUNCION DEL MINISTERIO FISCAL
Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS MENORES
VICTIMAS DE UN DELITO**

I

El acaecimiento de ciertos hechos delictivos puede provocar, en ocasiones, que la ofensa al bien jurídico penalmente tutelado vaya acompañada, además, de singulares efectos paralelos, cuya repercusión negativa llega a ser igualmente intensa, alcanzando a otros bienes jurídicos y recrudeciendo el daño inicialmente ocasionado.

Ese plus de lesividad que se añade a una acción delictiva puede obedecer en su origen a causas de muy diversa índole. La especial naturaleza del bien jurídico menoscabado, la condición social del autor y, en fin, la edad de la víctima pueden contribuir a que la indiferencia sociológica ante el injusto que ofende bienes ajenos se torne en desmedida expectación colectiva.

La concentración de los sucesos y su tratamiento periodístico ha puesto de manifiesto, con mayor virulencia que nunca, la indefensión de los menores y la causación de daños, algunos irreparables, para el desarrollo equilibrado de su personalidad. Tales agresiones, no detectadas probablemente por el menor y por su entorno inmediato, deslumbrados por atravesar el umbral del anonimato, han sido rechazadas por la sociedad, que ha recibido consternada la divulgación repetitiva y a veces morbosa de la imagen de quienes carecen de resortes defensivos para intuir, valorar y finalmente protegerse de la manipulación de su identidad y circunstancias familiares.

Los derechos del menor, pero también la respetabilidad de la inmensa mayoría de la profesión periodística, exige no sólo una reflexión serena acerca de las causas sociológicas que han propiciado esos excesos sino, además, una decidida respuesta por parte de las instituciones que, constitucionalmente, deben velar por el respeto de los derechos fundamentales de quienes se encuentran en situación de desamparo, acotando la degradación ética que subyace en esa forma de entender el derecho a la información y que vulnera derechos constitucionalmente protegidos.

La manera de cómo una sociedad trata a sus niños refleja no sólo sus cualidades de compasión y atención protectora sino también su sentido de justicia, su compromiso con el futuro y su impulso para mejorar la condición humana para las generaciones futuras.

El deseo de llegar a conocer los detalles más minuciosos que rodearon la comisión del delito, el afán por captar los aspectos más recónditos de la dinámica delictiva, constituyen un comprensible estímulo para que algunos medios de comunicación, en la legítima lucha por afianzar y extender sus respectivas ofertas informativas en tan competitivo mercado, se esfuercen en proporcionar una imagen más que precisa del evento delictivo y de sus protagonistas.

Ya la Fiscalía General del Estado se ha ocupado del análisis del proceso penal como delicado punto de encuentro en el que convergen intereses enfrentados. De un lado, el legítimo ejercicio de la libertad de información y, de otra parte, el derecho a la intimidad de quien es objeto de investigación criminal.

La jurisprudencia constitucional viene estableciendo que el valor preferente del derecho de información sólo prevalece sobre los derechos fundamentales de las personas afectadas o perjudicadas en la medida que su sacrificio resulte necesario para asegurar una información libre en una sociedad democrática (art. 10.2 del Convenio de los Derechos Humanos).

El problema, finalmente, es el de fijar los límites que debe soportar el derecho a la intimidad cuando puede colisionar con la libertad de información. Constituye también criterio jurisprudencial, el que el límite inferior lo marcan la verdad, el ánimo de informar y el respeto; las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y el propio concepto que cada persona observe se-

gún sus actos y determine sus pautas de comportamiento. Al enmarcar en este espacio los conceptos de intimidad, privacidad y sociedad, también es imprescindible tener muy presente el principio de proporcionalidad inherente al Estado de Derecho y cuya condición de canon de constitucionalidad tiene especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones y constricciones. La proporcionalidad de los sacrificios es de observancia obligada cuando se procede a la limitación de un derecho fundamental, haciendo, en definitiva, ilegítimo su ejercicio sin la ponderación razonada y proporcionada a su contenido y finalidad.

En esta dirección sobrepasan el límite de lo tolerable en un Estado de Derecho las noticias que contemplen vejaciones innecesarias que, más allá de la voluntad de informar, inciden e infringen derechos subjetivos de los menores, a los que el Ministerio Fiscal debe procurar.

No existe un Código Deontológico de la Profesión Periodística en España. En el ámbito de Cataluña se aprobó en fecha de 22 de octubre de 1992 por la Junta de Gobierno del Colegio de Periodistas el Código Deontológico de la Profesión Periodística de Cataluña, compartido por la mayoría de los profesionales del Estado Español en su congreso del mes de noviembre del mismo año, que en su artículo 11 preceptúa que «deberá tratarse con especial cuidado toda información que afecte a menores, evitando difundir su identificación cuando aparezcan como víctimas (excepción hecha de los supuestos de homicidio), testigos o inculpados en causas criminales, sobre todo en asuntos de especial trascendencia social, como en el caso de los delitos sexuales (...). También se evitará identificar contra su voluntad a las personas próximas o a parientes inocentes, de acusados o convictos en procedimientos penales».

Se trata ahora de analizar otro aspecto que puede acompañar a esa misma realidad de un proceso penal sobre el que se proyecta el ansia de difusión y recepción informativa.

La apasionada curiosidad colectiva respecto de aquellos ilícitos que tienen por protagonistas pasivos a menores de edad lleva, en ocasiones, a una indiscreta y multitudinaria injerencia en la investigación judicial. Para lograr absorber esa demanda informativa, determinados medios de comunicación se han esforzado en ob-

tener imágenes y declaraciones de los sujetos del episodio ilícito, proporcionando testimonios documentados que alientan y multiplican el seguimiento colectivo del hecho ilícito.

Sin embargo, tanto la exhibición pública como la irreflexiva mercantilización de la amarga experiencia vivida por el menor de edad víctima de un delito, implican un comportamiento que no puede contemplar el Ministerio Fiscal desde la indiferencia institucional. No en vano, su Estatuto Orgánico, aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre, en su artículo 3.7, encomienda al Ministerio Público el ejercicio de labores que tengan por objeto «la protección y defensa de menores y desvalidos», sumándose el legislador ordinario a una tradición histórica en la definición de los perfiles competenciales de aquél. Ya el Estatuto de 1926, en su artículo 2.5, le atribuía la representación y defensa de los menores.

La preocupación legislativa por proteger el ámbito de privacidad del menor muestra su presencia en diversos textos legales. El artículo 39.4 de la Constitución ya dispone que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos». Así, la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en su artículo 16, reconoce el derecho del niño «a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia (...) ni de ataques a su honra o a su reputación», añadiendo el párrafo 2 que «el niño tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques». Aclara su artículo 1 que «entendemos por niño, todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya llegado antes a la mayoría de edad».

Singular valor cobran hoy las palabras de James P. Grant, Director Ejecutivo de UNICEF que, tras la ceremonia de firma de la Convención en Nueva York el 26 de enero de 1990, manifestó: «la Convención ha dado prioridad a los niños en las agendas nacionales e internacionales. La Comunidad Internacional ha proporcionado una base firme para una nueva ética que define al niño como individuo con derechos inalienables no menos valiosos que los del adulto.»

Otros textos internacionales, concebidos en función del ejercicio de las facultades de reforma del menor, evidencian esa misma preocupación, revelando así una sensibilidad legislativa claramente dirigida a evitar el efecto perturbador que, para el desarrollo inte-

gral del menor, puede provocar un torpe entendimiento de la publicidad procesal. En esta línea, la Recomendación núm. R (87) 20, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en el capítulo relativo a la Justicia de Menores, recuerda «el derecho de los jóvenes al respeto de su vida privada».

Asimismo, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), aprobadas por la Asamblea General el día 29 de noviembre de 1985, e incluidas en el Anexo de la resolución 40/33, en su principio general 8, se ocupa de «la protección de la intimidad», señalando, en el apartado primero, que «para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudiquen a los menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad»; añade el apartado segundo que «en principio, no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de un menor delincuente».

A la vista de tales disposiciones, cobra pleno sentido el contenido actual de la regla 14, párrafos 2 y 3 del remozado artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, aprobada por Decreto de 11 de junio de 1948. En efecto, tras la reforma operada por la Ley Orgánica de 4/1992, de 5 de junio, se dispone que «el Juez podrá acordar, en interés del menor, que las sesiones no sean públicas», añadiendo que «en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor, ni datos que permitan su identificación».

Cierto es que algunos de los preceptos señalados están pensando en el proceso de reforma de un menor que no ha sido suficientemente motivado por la norma penal llamada a tutelar determinados bienes jurídicos. Sin embargo, la aplicabilidad de su filosofía inspiradora es incuestionable cuando se mira no ya al menor sujeto del injusto, sino a la víctima de éste.

ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal, mediante oportuno consentimiento proyectado. Si el Fiscal, en el plazo de cinco días, no manifiesta su consentimiento, el consentimiento de los menores será suficiente para la realización de los actos previstos en el artículo 15.1.1.º de la Ley Orgánica de los Tribunales Tutelares de Menores.»

II

Con independencia de las cautelas legislativas impuestas para el proceso que tiene por objeto el enjuiciamiento del injusto protagonizado por el menor, el tratamiento informativo de cualquier hecho que pueda conllevar una intromisión en la esfera íntima de

aquél está sujeto a una serie de exigencias cuya elusión puede acarrear consecuencias jurídicas no debidamente ponderadas. Y es que, como se ha afirmado gráficamente, la vida privada debe estar amurallada, pues no hablamos de otra cosa que de esa esfera de la existencia en la cual ninguno puede inmiscuirse sin haber sido invitado.

La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, dictada en desarrollo del artículo 18.1 de la Constitución, tiene por objeto la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Tal protección se dispensa frente a las intromisiones ilegítimas de terceros en la esfera de aquellos derechos fundamentales, pertenecientes a la categoría de los derechos de la personalidad.

Fundadas críticas doctrinales han puesto de manifiesto la contradicción conceptual que supone proclamar en el artículo 1.3 del referido texto que «el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible», apuntando que «la renuncia a la protección de esta ley será nula», y añadir, inmediatamente después, en el artículo 2.2 que «no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por la ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso...».

En cualquier caso, al margen de la denunciada imperfección técnica, interesa destacar que el consentimiento del titular del derecho susceptible de ser vulnerado actúa como una verdadera causa de justificación. Esa aceptación voluntariamente expresada del titular del derecho para admitir la intromisión muta la ilegitimidad de la injerencia convirtiéndola en legítima.

Especial interés tiene para los señores Fiscales el contenido de los artículos 3.1 y 2 alusivo al régimen jurídico observable en aquellos casos en que el titular de los derechos que pueden ser objeto de menoscabo es un menor o un incapaz. Dice, en efecto, el aludido precepto:

«1. 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.

2. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obli-

gado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez.»

La fórmula legal concebida se halla en armonía con el régimen general que el artículo 162.1 del Código Civil establece respecto de la representación legal de los hijos. En su virtud, tras señalar aquel precepto que «los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados», exceptúa «los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo».

En el deseo de colmar de contenido la imposición legal que condiciona la aptitud para consentir válidamente, a la posesión de cualificadas «condiciones de madurez», se ha sugerido tomar como referencia el patrón normativo que proporcionan diversos preceptos del Código Civil que, en otras materias, permiten al menor realizar determinados negocios jurídicos a partir de cierta edad —catorce años—, o exigen su audiencia si fuera mayor de doce años o tuviera suficiente juicio (cfr. arts. 663, 177.3, 156 y 92 del CC).

Sin embargo, constituye preferente preocupación de la Fiscalía General, no ya el prefijar topes convencionales que actúen de referente en los supuestos ordinarios, sino impedir que el impacto psicoemocional que pueda sufrir un menor —incluso, de suficiente madurez—, en ciertos casos especiales, sea empleado para la obtención de un consentimiento irreflexivo o que esté motivado por la momentánea, artificiosa y efímera atracción hacia una popularidad asentada exclusivamente en el insano figoneo que generan algunos sucesos delictivos.

Fuera de los casos calificables como ordinarios y en que la afirmación de madurez no admita dudas, los restantes supuestos —conforme exige el art. 3.2— imponen al representante legal que ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal, mediante escrito, el consentimiento proyectado. Si el Fiscal, en el plazo de ocho días, se opusiere, «resolverá el Juez».

La Ley Orgánica 1/1982, como puede apreciarse, diseña un elemental trámite dirigido al Fiscal y al que puede seguir, caso de oposición, un sencillo expediente encuadrable entre los actos de jurisdicción voluntaria del artículo 1811 de la Ley de Enjui-

ciamiento Civil. El interrogante acerca de cuál haya de ser el Fiscal llamado a ratificar o rechazar el proyectado consentimiento, o cuál sea, en su caso, el órgano judicial competente, parece que puede resolverse, tanto en favor del lugar del domicilio del menor, como del lugar en que la pretendida difusión vaya a verificarse.

La intencionada omisión del camino legal puede acarrear una deficiencia estructural en el negocio jurídico concebido —si éste existiera— para legitimar la intromisión. Su posible anulabilidad por el propio menor si el consentimiento hubiera sido otorgado por él mismo sin la madurez suficiente —art. 1.301 del Código Civil— y la hipotética responsabilidad exigible al representante legal por una negligente administración del patrimonio del menor —arts. 164 y 168 del CC— son sólo algunos de los efectos predicables del desprecio voluntario al régimen legal.

Sin embargo, la legitimación restringida para hacer valer tales efectos, aconseja de los señores Fiscales una labor previsorora y anticipada, a fin de impedir la producción de unas consecuencias de difícil reparación. Así, en aquellos casos en que la divulgación de la noticia permita prever una pronta intromisión en la intimidad o la imagen del menor y no conste se hayan observado las prescripciones legales, los señores Fiscales valorarán la conveniencia de dirigirse formalmente a los representantes legales del menor y, en su caso, al medio de comunicación que anuncie la divulgación de la noticia a fin de advertir a aquéllos de las consecuencias jurídicas que, en orden a la validez del negocio jurídico suscrito, puedan llegar a producirse.

III

No puede limitarse la actuación del Fiscal a la impasible contemplación de maquinaciones familiares que, orientadas hacia el tan fácil como inesperado rendimiento económico, puedan perjudicar gravemente el proceso de socialización del menor y, con ello, su desarrollo integral. Conviene recordar que ya el artículo 154.1 del Código Civil, cuando se ocupa de fijar el contenido de la patria potestad, alude a la obligación de los padres, respecto de sus hijos, de «educarlos y procurarles una formación integral». De ahí que un continuo y pertinaz incumplimiento de las obligaciones inhe-

rentes a la patria potestad o una reiterada estrategia de exposición pública del menor para el relato de su propia tragedia, pueden llevar a emerger la categoría jurídica del desamparo con la consiguiente guarda por parte de la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores. La descripción legal del desamparo (art. 172.1 del CC) considera como tal la situación «que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material».

Resulta de aceptación, aunque no sin dificultades detectables, que tal concepto legal puede acoger en su ámbito la inadmisibles actuación del grupo familiar que antepone el rendimiento económico derivado del drama vivido por el menor a la ineludible y tan necesaria intimidad que la propia naturaleza de las cosas aconseja.

Calificable la situación del menor como incurso en desamparo, cobra pleno sentido la misión del Fiscal, a quien el artículo 174.1 del Código Civil le atribuye «la superior vigilancia (...) de la guarda de los menores...».

En definitiva, la perplejidad social que produce la impune utilización del infortunio infantil, exige una activa y decidida respuesta de los señores Fiscales a fin de impedir que la desdicha que ha convertido al menor en víctima de un hecho delictivo, lleve aparejada, como ineludible añadido, el frecuente recuerdo de los pormenores de la ofensa padecida.