



DICTAMEN 3/2013 sobre actuaciones del Fiscal en relación con la aparición de menores de edad con discapacidad en medios de comunicación

Sumario: I.- Introducción; II.- Carácter de la intervención del Ministerio Fiscal; III.- Contenidos intolerables: III.1 Vigencia de la Instrucción FGE 2/2006; III.2 Desarrollo normativo; III.3 Niños y niñas con discapacidad: III.3. 1 La imagen social de las personas con discapacidad; III.3.2 El marco de lo intolerable: la discriminación; IV.- El Convenio de colaboración suscrito entre la FGE y el CERMI; V.- Conclusiones

I.- INTRODUCCIÓN

Frecuentemente aparecen en televisión niños y niñas con discapacidad. Aludiendo a estas emisiones y programas, los informes que las Secciones de Menores elaboran para la confección de la Memoria anual del Fiscal General del Estado indican que habitualmente es la propia productora del programa y no los representantes legales de los niños, quien realiza las comunicaciones que prevé la LO 1/1982, de 5 de mayo, de *protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen*. La finalidad de esta comunicación es obtener aprobación o visto bueno del Fiscal para la emisión.

Aunque el contenido de tales comunicaciones al Fiscal varía en función de la orientación del programa, cuando atañen a niños con discapacidad concurren una serie de cuestiones que exigen particular atención desde la triple perspectiva que proporcionan:

- los derechos de las personas menores de edad
- los principios de la Convención para la *Protección de los derechos de las personas con discapacidad*, aprobada por la Asamblea de UN el 13 de diciembre de 2006 y suscrita y ratificada por España en 2007 (BOE 21 de abril de 2008), en adelante CDPCD.
- la necesidad de evitar tratamientos interesados, sensacionalistas o instrumentales de la discapacidad.

El presente dictamen pretende sistematizar una serie de pautas para resolver adecuadamente tales cuestiones.



El punto de partida será siempre la protección reforzada que ha de dispensarse a los niños con discapacidad en tanto son personas menores de edad, por un lado y personas con discapacidad, por otro.

II. CARÁCTER DE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

La citada L. O. 1/1982 expresa en su art. 2.1 que la protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen *quedará limitada por las leyes y por los usos sociales, atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia.*

El mismo precepto excluye luego la presencia de intromisiones ilegítimas en los casos legalmente autorizados o cuando el titular del derecho haya otorgado consentimiento expreso, aunque tal consentimiento es revocable en cualquier momento.

El art. 3 se refiere expresamente al consentimiento de los menores y personas declaradas incapaces judicialmente, señalando que puede otorgarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten. Si tal situación no concurre, el consentimiento debe otorgarse por escrito por el representante legal que queda obligado a *poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado.* El artículo concluye expresando que, *si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez.*

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de *Protección Jurídica del Menor* (en adelante, LOPJM) ha matizado el contenido del derecho en su art. 4, 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



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados.

Reitera en otro apartado que la intervención del Ministerio Fiscal se entiende sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales y que, en todo caso, corresponde al Fiscal su ejercicio, bien sea de oficio o bien a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública.

Se ha entendido siempre que la previa notificación del representante legal al Ministerio Fiscal constituye una *conditio iuris* para la eficacia del consentimiento prestado por representación, y lo mismo puede decirse de la anuencia del Fiscal, que se presume por el mero transcurso del plazo legal de ocho días sin haberse manifestado.

Puesto que los términos legales no exigen más que la comunicación del consentimiento al Ministerio Fiscal y el acuse de recibo por parte de éste, no cabe hablar ni de una censura previa, ni siquiera de una autorización de la emisión, sin perjuicio de que la oposición del Fiscal fuerce la intervención judicial.

Analizando los supuestos concretos de que han dado cuenta las Secciones de Menores de las Fiscalías se comprueba que no son los representantes legales de los niños, para quienes resultaría difícil el conocimiento pormenorizado de las prescripciones legales, sino la productora que realiza el programa quien emite la comunicación previa que prevé el artículo 3 de la LO 1/1982.

En este trance se ha detectado que estas comunicaciones previas frecuentemente adolecen, por error o imprevisión, de presupuestos formales importantes, como son:

- 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.
- la justificación de haberse explicado de forma comprensible (o, al menos, haberse



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

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.

- la copia de las imágenes que pretenden emitirse en el programa televisivo.

En un momento ulterior, es posible observar que la mayoría de los programas tiene una finalidad solidaria, pues muchas veces se orientan a acopiar medios económicos para atender a las necesidades los niños y niñas con discapacidad.

Tales contenidos no están prohibidos por el ordenamiento. En este sentido, la Ley 7/2010, de 31 de marzo, *General de la Comunicación Audiovisual* (BOE núm. 79 de 1 de abril de 2010, págs. 30157 y ss., marginal 5292) establece, en su artículo 7, una serie de contenidos prohibidos, entre los que figura:

la identificación de los menores en el contexto de hechos delictivos o emisiones que discutan su tutela o filiación.

Pero no sólo esto debe considerarse prohibido. También, cualquier emisión que, por su contenido o la forma de presentación, pueda causar perjuicio para el menor (artículo 158 del Código Civil) y, particularmente, afectar a su dignidad.

Por lo anterior, aunque generalmente proceda la anuencia o no oposición 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.

III. CONTENIDOS INTOLERABLES

Es claro que nunca puede aceptarse la emisión de un programa que afecte a los contenidos prohibidos. Más difícil resulta, sin embargo, determinar qué contenidos lo son y qué acciones deben ejercitarse, partiendo, como se dijo al principio, de la protección reforzada



que ha de dispensarse a los niños con discapacidad.

III.1 Vigencia de la Instrucción de la FGE 2/2006 de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la Protección del Derecho al Honor, Intimidad y Propia Imagen de los Menores

Este instrumento, de plena vigencia, se ha erigido en un marco general indispensable en el tratamiento de estas cuestiones, tanto para los profesionales del derecho como para los de la información. Sigue siendo ineludible su estudio, análisis y aplicación.

III. 2 Desarrollo normativo

Sin embargo, tras la publicación de la Instrucción 2/2006 han venido a concurrir dos circunstancias dignas de mención:

- La primera es el desarrollo de principios de autorregulación de las cadenas de televisión. Estos principios arrojan cierta luz los contenidos inaceptables respecto de menores de edad.
- La segunda es la proliferación de normativa administrativa sancionadora en relación con este tema, tanto en el plano estatal como autonómico.

En lo que concierne al desarrollo de la autorregulación, el 9 de diciembre de 2004 se suscribió el *Código de Autorregulación de Contenidos Televisivos e Infancia*¹ por Televisión Española S.A., Antena 3 de Televisión S.A., Gestevisión Tele 5, S.A. y Sogecable, S.A. Asimismo y se firmó un Acuerdo entre dichos operadores y el Gobierno para el fomento del Código. Entró en vigor el 9 de marzo de 2005, tras un periodo de tres meses previsto para su adopción progresiva por los operadores. En el momento actual se encuentran también adheridas al Código, La Sexta, los operadores de TDT Veo TV y Net TV, así como las televisiones autonómicas a través de la FORTA.

¹ Disponible en internet: <http://www.tvinfancia.es/Textos/CodigoAutorregulacion/Codigo.htm>.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

El apartado II.2 de este Código está dedicado a la “presencia de los menores en la programación televisiva: programas, informativos y publicidad”, e incide especialmente en una serie de contenidos:

- *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.*

Aunque no se trate de un catálogo exhaustivo, estas pautas serán de gran utilidad a la hora de elaborar una oposición fundada a la emisión de un concreto programa de TV.

En lo que concierne a la normativa sancionadora, el Fiscal debe tomar en consideración las facultades administrativas previstas en los arts. 57 y ss de la mencionada Ley 7/2010 *General de la Comunicación Audiovisual* que, parcialmente, se reproducen a continuación:

Art. 57. Infracciones muy graves. *Son infracciones muy graves:*

1. *La emisión de contenidos que de forma manifiesta fomenten el odio, el desprecio o la discriminación por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, nacionalidad, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social.*
2. *La emisión de comunicaciones comerciales que vulneren la dignidad humana o utilicen la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio.*
4. *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.*



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Artículo 58. Infracciones graves. *Son infracciones graves:*

3. *La vulneración de la prohibición, y en su caso, de las condiciones de emisión de contenidos perjudiciales para el menor, previstas en el art. 7.2.*

12. *El incumplimiento de los códigos de autorregulación de conducta a que se refiere el art. 12 de esta Ley.*

13. *La acumulación de cuatro infracciones leves en un mismo año natural.*

Artículo 59. Infracciones leves. *Son infracciones leves:*

2. *El incumplimiento del resto de deberes y obligaciones establecidas en esta Ley, que no estén tipificadas como infracciones graves o muy graves. El artículo 60 recoge las sanciones.*

Artículo 61. Responsabilidad por la comisión de infracciones.

1. *La responsabilidad administrativa por las infracciones de la presente Ley es exigible al prestador del servicio de comunicación audiovisual. También será aplicable, cuando proceda con arreglo a esta ley, a los prestadores del servicio radiofónico y a los prestadores de los servicios de comunicación electrónica y de catálogo de programas. A los efectos de la correcta dilucidación de la responsabilidad administrativa, los prestadores del servicio deberán archivar durante un plazo de seis meses a contar desde la fecha de su primera emisión, todos los programas emitidos, incluidas las comunicaciones comerciales, y registrar los datos relativos a tales programas.*

2. *No incurrirá en responsabilidad administrativa el prestador del servicio de comunicación audiovisual, ni los prestadores de los servicios de comunicación electrónica y de servicio de catálogo de programas, cuando emitan comunicaciones comerciales elaboradas por personas ajenas al prestador y que supongan una infracción de acuerdo con la normativa vigente sobre publicidad. No obstante, el prestador del servicio habrá de cesar en la emisión de tal comunicación comercial al primer requerimiento de la autoridad audiovisual o de cualquier organismo de autorregulación al que pertenezca.*

3. *El infractor habrá de reponer la situación alterada a su estado originario y resarcir los daños y perjuicios causados, siempre que técnicamente sea posible. La autoridad competente para la resolución del expediente sancionador puede imponer multas coercitivas de hasta 30.000 euros diarios para el cumplimiento de estas obligaciones.*

De igual manera, en cada territorio autonómico, el Fiscal debe analizar el asunto también a la luz de las normas sancionadoras vigentes en la Comunidad Autónoma en materia de protección de menores. El art. 56 de la Ley 7/2010 precitada expresa:



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

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”.

III.3. Particularidades en relación con los menores de edad con discapacidad

Para definir este colectivo, basta acudir a las dos tradiciones protectoras: la de los niños y la de las personas con discapacidad, integrando el contenido del primer artículo de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 (CDN) con el que, bajo el mismo ordinal, se ubica en la Convención sobre los *Derechos de las Personas con Discapacidad* de 2006 :

Todo ser humano menor de dieciocho años de edad (salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad) que tenga deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

La Ley 7/2010 *General de la Comunicación Audiovisual* al referirse a la discapacidad, alude no sólo a los contenidos de la información sino también a la forma en que ésta debe realizarse. Así, su art. 8, apartado 5, expresa que,

...los prestadores del servicio de comunicación audiovisual procurarán ofrecer en sus emisiones una imagen ajustada, normalizada, respetuosa e inclusiva de las personas con discapacidad, en tanto que manifestación enriquecedora de la diversidad humana, evitando difundir percepciones estereotipadas, sesgadas o producto de los prejuicios sociales que pudieran subsistir. De igual modo, procurarán que su aparición en la programación sea proporcional al peso y a la participación de estas personas en el conjunto de la sociedad.

Esta disposición contiene un triple mandato para los prestadores del servicio de comunicación audiovisual:



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

- Ofrecer una imagen ajustada, normalizada, respetuosa e inclusiva, en tanto que manifestación enriquecedora de la diversidad humana.
- Evitar difundir percepciones estereotipadas, sesgadas o producto de los prejuicios sociales que pudieran subsistir.
- Procurar que su aparición en la programación sea proporcional al peso y a la participación de estas personas en el conjunto de la sociedad.

Aunque la disposición legal atañe directamente a los profesionales de la información, indirectamente puede orientar al Fiscal en la adecuada protección jurídica de los niños con discapacidad, especialmente a la hora de discernir cuáles son las conductas intolerables.

Para ello, es preciso, por un lado, la comprensión del proceso evolutivo de la imagen social de las personas con discapacidad y, por otro, el análisis minucioso de las intromisiones en los derechos fundamentales (honor, intimidad personal y familiar y propia imagen) que además, entrañan conductas de discriminación.

III.3.1. La imagen social de las personas con discapacidad

Desde una perspectiva social, la visión de las personas con discapacidad ha ido evolucionando a lo largo de la historia desde pautas de exclusión hacia la óptica del prisma médico y rehabilitador, culminando en el actual modelo social (o de derechos humanos) de la discapacidad.

El primer modelo parte de la consideración de las personas con discapacidad como seres imposibilitados de realizar aportaciones significativas a la sociedad y se traduce en marginación o incluso, eliminación. Versión reciente de esta primitiva concepción, son las leyes sobre esterilización eugenésica que se sucedieron en la primera mitad del siglo XX en países como Estados Unidos o Suiza y las operaciones de eutanasia ensayadas en la Alemania nacionalsocialista.



El segundo modelo no es enteramente excluyente pero condiciona la aportación de las personas con discapacidad a un objetivo de asimilación al que se considera ciudadano medio mediante la rehabilitación y la “normalización”. Desde un paradigma científico y tecnológico, el modelo se centra en el “déficit”, considerado desde un prisma patológico o de enfermedad, obviando los factores sociales. Centrado en una visión “clínica” y paternalista, este modelo también incorpora elementos de discriminación al catalogar a las personas como normales o no normales o como válidos o no válidos. Con anteriores precedentes, se desarrolla más ampliamente tras las dos guerras mundiales.

Desde la perspectiva del modelo social o de derechos humanos, hoy vigente, el análisis de la diferenciación no se centra en el individuo sino en la incapacidad de la sociedad para hacer frente a las necesidades de todos sus miembros. Desde esta óptica, la diversidad funcional se aborda en el contexto de los derechos humanos y de la dignidad que ostenta cada persona por el hecho de serlo.

Esta concepción, procedente de los movimientos de derechos civiles de los años 60 y 70, ha dado lugar a importantes avances en la lucha contra la institucionalización de las personas con discapacidad, la educación inclusiva o la legislación antidiscriminación.

A partir del documento *Mejorando las Comunicaciones sobre las Personas Impedidas*, producto de un Seminario de Naciones Unidas (Viena, 1982), se han venido sucediendo normas de estilo para los medios de comunicación, ejemplo de las cuales constituye, en nuestro país, la *Declaración de Salamanca* de 1 de julio de 2004 o la *Guía de estilo sobre discapacidad para profesionales de los medios de comunicación* editada por el Real Patronato sobre Discapacidad (2006).

La Declaración de Salamanca, emitida por los más de setenta representantes de los ámbitos de la información y la representación de las personas con discapacidad en 2004, enumera una serie de postulados, bajo la rúbrica de “nuestra visión” y se reproducen a continuación:



**FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO**

- 1) *Dejar a un lado el enfoque caritativo o victimista que tradicionalmente han ofrecido los medios de comunicación para centrarnos en la superación de los verdaderos problemas que afectan a las personas con discapacidad, como ciudadanos de pleno derecho (barreras arquitectónicas, acceso al empleo y la vivienda, la atención sanitaria, promoción de un entorno accesible, etc.).*
- 2) *Dar voz a las personas con discapacidad, como ciudadanos independientes y protagonistas de sus propias vidas. Acabar con su "invisibilidad" es el primer paso que debemos dar para que puedan conquistar el espacio que les corresponde. "Nada por nosotros sin contar con nosotros" es un eslogan que debemos tener presente antes de ofrecer cualquier información a la opinión pública.*
- 3) *Evitar el lenguaje discriminatorio y estigmatizante que pone el énfasis sobre la discapacidad por delante de la condición de persona. Es necesario tener un cuidado especial a la hora de elegir las palabras con las que vamos a definir a las personas con discapacidad ya que el lenguaje es la herramienta que condiciona la representación mental de cualquier realidad. Los adjetivos sustantivados como minusválido, incapaz o discapacitado deben evitarse para llegar a superar la concepción de "enfermo" o "paciente".*
- 4) *Ofrecer una imagen activa de las personas con discapacidad. La idea de la persona con discapacidad como mero receptor de ayudas no refleja la realidad de un mundo en el que la pasividad y el carácter asistencial no son la norma y esta imagen contribuye a fomentar la marginalidad.*
- 5) *Incluir a las personas con discapacidad como parte de la población general en todo tipo de informaciones y no sólo en aquellas en las que la discapacidad es el tema central.*
- 6) *Mostrar a las personas con discapacidad en situaciones cotidianas diversas, para subrayar sus capacidades y favorecer una visión normalizada.*
- 7) *Abordar la información desde un enfoque contextualizado. Explicar las circunstancias contextuales ayuda al público a comprender y acercarse al mundo de la discapacidad con mayor conocimiento.*
- 8) *Cubrir el tema de la discapacidad de forma proporcionada, sin caer en la conmiseración ni presentar a la persona con discapacidad como un héroe.*

El Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad elaboró en 2011 la denominada *Estrategia española sobre discapacidad 2012-2020*, una de cuyas medidas consiste precisamente en "fomentar la imagen normalizada y el uso apropiado del lenguaje sobre discapacidad en medios de comunicación".

La CDPD vigente en España desde mayo de 2008, no crea nuevos derechos. Expresa los



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

ya existentes en modo comprensivo de las necesidades y situaciones de las personas con discapacidad.

Su art. 8 señala :

Toma de conciencia. 1. Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para:

a) Sensibilizar a la sociedad, incluso a nivel familiar, para que tome mayor conciencia respecto de las personas con discapacidad y fomentar el respeto de los derechos y la dignidad de estas personas;

b) Luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida;

c) Promover la toma de conciencia respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad.

2. Las medidas a este fin incluyen:

a) Poner en marcha y mantener campañas efectivas de sensibilización pública destinadas a:

i) Fomentar actitudes receptivas respecto de los derechos de las personas con discapacidad;

ii) Promover percepciones positivas y una mayor conciencia social respecto de las personas con discapacidad;

iii) Promover el reconocimiento de las capacidades, los méritos y las habilidades de las personas con discapacidad y de sus aportaciones en relación con el lugar de trabajo y el mercado laboral;

b) Fomentar en todos los niveles del sistema educativo, incluso entre todos los niños y las niñas desde una edad temprana, una actitud de respeto de los derechos de las personas con discapacidad;

c) 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;

d) Promover programas de formación sobre sensibilización que tengan en cuenta a las personas con discapacidad y los derechos de estas personas.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

La referencia novedosa en un tratado de derechos humanos que efectúa el apartado 2. letra “C” de este precepto, a los medios de comunicación, reconoce su influencia en el conocimiento social de la realidad y en la creación de estados de opinión, llamándolos a colaborar en la “definición de la discapacidad” y a “participar en la configuración y definición de la identidad social de la discapacidad”.

Por su parte, el movimiento asociativo de las personas con discapacidad destaca la importancia de la imagen social de la discapacidad con acciones diversas. En marzo de 2007 se constituyó el Comité de Apoyo a las Personas con Discapacidad en los Medios Audiovisuales, como punto de encuentro, diálogo y compromiso de los medios y el ámbito asociativo y representativo de las personas con discapacidad. .

El propio CERMI ha creado una 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.

Vista la nueva orientación que se desprende del texto de la CDPD así como que uno de sus objetivos es evitar tratamientos interesados, sensacionalistas o instrumentales de la discapacidad, resulta obligado ejercer un control sobre la aparición de menores de edad y con discapacidad y el tratamiento de la misma en los medios de comunicación, analizando con detenimiento y desde la perspectiva de la propia CDPD, el contenido de los programas televisivos.

Como se ha dicho, el punto de partida para ese control lo proporciona la citada Instrucción 2/2006 de la Fiscalía General del Estado sobre *el Fiscal y la Protección del Derecho al Honor, Intimidad y Propia Imagen de los Menores* de 15 de marzo de 2006, en la que se establece expresamente que:



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

“no procederá en general el ejercicio de acciones por el Ministerio Fiscal ante emisión de programas o la publicación de fotografías en los que aparezcan menores, en actividades con dimensión pública tales como concursos, debates, musicales, actividades deportivas etc., siempre que las propias circunstancias que rodeen la publicación excluyan el perjuicio para los intereses de los mismos”.

En principio y según la misma Instrucción, la legitimación autónoma que se prevé por la ley para el ejercicio de acciones legales en defensa del menor deberá utilizarse en todo caso con prudencia y ponderando los intereses en conflicto, particularmente valorando el consentimiento del menor maduro o el de los representantes del menor no maduro. Será excepcional la intervención autónoma del Fiscal cuando el menor afectado tenga progenitores en pleno uso de las facultades inherentes a la patria potestad, y que –sin que concurra conflicto de intereses con el menor- sean contrarios a que se entablen acciones en defensa del mismo.

Tratándose de menores de edad con discapacidad, se tomará en consideración cuanto expone la Observación General nº 9 (2006) del Comité de los Derechos del Niño sobre *los derechos de los niños con discapacidad* (CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007), sobre la importancia de la utilización de los medios de comunicación para fomentar actitudes positivas hacia los niños con discapacidad.

De ello y puesto que, con carácter general, la intención de estos programas es solidaria, una intervención excesiva y desproporcionada puede tener el efecto adverso de desalentar a los medios hacia este objetivo.

La solución no siempre va a ser sencilla pues serán el enfoque de la emisión y el tratamiento de la discapacidad del niño los que darán las claves. Podría ser útil en algunos casos, la consulta a organismos especializados en estas cuestiones como lo son la oficina permanente especializada integrada en el *Consejo Nacional de la Discapacidad* (órgano colegiado interministerial de carácter consultivo, adscrito al Ministerio de Trabajo y



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Asuntos Sociales, en el que se institucionaliza la colaboración entre las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias y la Administración General del Estado, con el objeto de coordinar y definir una política coherente de atención integral a este grupo ciudadano) o la propia Comisión de Imagen Social de la Discapacidad y Medios de Comunicación del CERMI.

No debe perderse de vista la conveniencia e incluso necesidad de la participación de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad. El artículo 15.1 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de *igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad* expresa que “las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, y sus familias, a través de sus organizaciones representativas, participarán en la preparación, elaboración y adopción de las decisiones que les conciernen, siendo obligación de las Administraciones Públicas en la esfera de sus respectivas competencias promover las condiciones para asegurar que esta participación sea real y efectiva”.

Así definido el marco de actuación del Ministerio Fiscal, se ha impuesto, en primer lugar, un proceso de diálogo con el CERMI en su doble condición de principal representante del sector de la discapacidad en España y de mecanismo independiente para promover, proteger y supervisar la aplicación en España de la CDPD, de conformidad con su art. 33.2 (Disposición Adicional Primera del Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad). Este proceso se expone detenidamente en el último epígrafe del presente dictamen.

En segundo lugar, se impone también dar una definición inicial de lo que debe considerarse “intolerable” como para generar una respuesta inmediata y activa del Ministerio Fiscal en defensa de los derechos fundamentales del menor de edad.



III.3.2. El marco de lo intolerable: la discriminación

El art. 3 CDPD consagra entre sus principios generales el de no discriminación e igualdad de oportunidades junto con otros: el 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.

Los menores de edad con discapacidad participan de estos principios y, a tal efecto, el artículo 7 establece que los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas.

Ya antes, el artículo 23.1 de la Convención *sobre los derechos del niño* estableció que “los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad”.

El primer paso, pues, para fijar el marco de lo intolerable en este ámbito es común para todos los niños, tal como se ha analizado en el epígrafe III.2 del presente dictamen. Todo lo que resulta intolerable respecto de la condición personal de los niños, lo es también para los niños con discapacidad.

Avanzando un poco más, ha de considerarse la protección reforzada que procede en razón de la discapacidad. En este sentido, desde una perspectiva nacional, la Constitución Española (CE), reconoce la igualdad ante la ley (art. 14) y la dignidad personal (art. 10), como fundamento del orden político y la paz social, atribuyendo (art. 9.2) a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

En congruencia con todo ello, el art. 49 de la misma CE, refiriéndose a las personas con discapacidad, ordena a los poderes públicos que presten la atención especializada que requieran y el amparo especial para el disfrute de sus derechos.

Aunque las distintas Comunidades Autónomas han legislado la materia, desde el punto de vista estatal, destaca la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de *Promoción de la Autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, y ciñéndose el presente análisis a la exclusión de la discriminación, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de *igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*.

Esta ley, dictada para impulsar las políticas de equiparación de las personas con discapacidad ya iniciadas 20 años atrás en la Ley de *Integración social de los minusválidos*, y adecuada a la CDPCD por Ley 26/2011, de 1 de agosto, parte del cambio de enfoque en el abordaje de discapacidad que pivota ahora en las condiciones obstativas a la igualdad que mantiene una sociedad articulada rígidamente sobre el patrón de la persona media.

En el art. 1 de la ley se entiende por igualdad de oportunidades:

...la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por motivo de o sobre la base de discapacidad, incluida cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones por las personas con discapacidad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo

Y también:

“...la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social”.

En lo que se refiere concretamente a la tutela judicial del derecho a la igualdad de oportunidades, el artículo 18.1 de la Ley 51/2003 lo extiende a la adopción de todas las medidas que sean necesarias para poner fin a la violación del derecho y prevenir



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

violaciones ulteriores, así como para restablecer al perjudicado en el ejercicio pleno de su derecho”.

El punto 2 del mismo art. 18 recoge unas normas sobre indemnizaciones expresando que:

..la indemnización o reparación a que pueda dar lugar la reclamación correspondiente no estará limitada por un tope máximo fijado a priori

..la indemnización por daño moral procederá aun cuando no existan perjuicios de carácter económico y se valorará atendiendo a las circunstancias de la infracción y a la gravedad de la lesión.

Finalmente el número 3 del artículo concluye expresando que :

se adoptarán las medidas que sean necesarias para proteger a las personas físicas o jurídicas contra cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda producirse como reacción ante una reclamación o ante un procedimiento destinado a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades.

El artículo 20, por último, establece unos criterios especiales sobre la prueba que tienen aplicación en todos los procesos a excepción de los penales y los contencioso-administrativos interpuestos contra resoluciones sancionadoras. En aquellos procesos jurisdiccionales en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de discapacidad, corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la conducta y de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Cuando en el proceso jurisdiccional se haya suscitado una cuestión de discriminación por razón de discapacidad, el Juez o Tribunal, a instancia de parte, podrá recabar informe o dictamen de los organismos públicos competentes.

Entre los organismos mencionados, destaca la *oficina especializada* cuya regulación actual está contemplada en los artículos 11 y siguientes del Real Decreto 1855/2009, de 4 de diciembre, por el que se regula el *Consejo Nacional de la Discapacidad*. Esta oficina es el órgano del Consejo, de carácter permanente y especializado, encargado de promover la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. El artículo 14 del Real Decreto establece que prestará asesoramiento a toda



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

persona que manifieste haber sido objeto de discriminación o considere vulnerado su derecho a la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal por razón de discapacidad en el ámbito contemplado en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre. Este asesoramiento se facilitará también a las personas jurídicas habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos a que hace referencia el artículo 19 de la citada Ley 51/2003, de 2 de diciembre, a las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias.

La citada Ley 26/2011 también ha introducido un nuevo artículo 21 que establece: “Sin perjuicio de otras acciones y derechos contemplados en la legislación civil y mercantil, la persona que, en el ámbito de aplicación del artículo 10 bis (igualdad de trato en acceso a bienes y servicios disponibles para el público, ofrecidos en el sector público o en el privado, fuera del ámbito de la vida privada y familiar) sufra una conducta discriminatoria por razón de discapacidad, tendrá derecho a indemnización por los daños y perjuicios sufridos”.

Tras esta síntesis de las disposiciones legales, es necesario hacer tres precisiones:

- La primera es que, para garantizar el establecimiento de las medidas de fomento de la igualdad y protección, las disposiciones finales de la Ley 51/2003 contienen mandatos explícitos de desarrollo y aplicación en fases y tiempos.
- La segunda es que la Ley 51/2003 se complementa con la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el *régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*², aplicable en todo el territorio del Estado, sin perjuicio de las infracciones y sanciones que las Comunidades Autónomas puedan establecer en

² BOE 310/2007, de 27 de diciembre de 2007 Ref Boletín: 07/22293. La aplicación de lo dispuesto en los artículos 3.3.b), 16.2.a), 16.3.f), 16.3.g), 16.3.h), 16.4.f) y 16.4.g) de la Ley, en cuanto se derive del incumplimiento de las exigencias de accesibilidad o negativa a adoptar un ajuste razonable, queda sujeta a la entrada en vigor de los desarrollos normativos y a los plazos previstos en las disposiciones finales quinta a novena de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.



ejercicio de sus competencias propias que, en todo caso, garantizarán la plena protección de las personas con discapacidad, ajustándose a lo dispuesto en la norma.

- La tercera es que diferentes preceptos del Código Penal recogen marcos de protección contra la discriminación. Así, el artículo 22.4 recoge como circunstancia agravante el cometer el delito por motivos de discriminación referente, entre otras, a su discapacidad. El artículo 314 tipifica la conducta de quien produzca grave discriminación en el empleo, público o privado, por razón de discapacidad y, tras requerimiento o sanción administrativa, no restablezcan la situación de igualdad ante la Ley, reparando los daños económicos que se hayan derivado. Especialmente, dentro del ámbito de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, diferentes preceptos tipifican conductas referentes a la discriminación por motivos de discapacidad; así, los artículos 510 (provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por este motivo o la difusión de informaciones injuriosas sobre los mismos), 511 (denegación por parte de un particular –o de un funcionario- encargado de un servicio público de una prestación a la que tenga derecho por tal motivo o contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros), 512 (denegación por parte de una persona que actúe en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales de una prestación a la que tenga derecho por tal motivo) y 515 (al considerar “asociaciones ilícitas” las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su discapacidad o inciten a ello).

IV. CONVENIO DE COLABORACIÓN CERMI/FGE

La coincidencia en la necesidad de aunar esfuerzos por parte de Fiscalía General del Estado y el CERMI para el establecimiento de cauces de colaboración institucional en el desarrollo de sus respectivos fines y objetivos se plasmó en el *Convenio Marco de Colaboración* de 25 de enero de 2006.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Los esfuerzos desarrollados por la Fiscalía General del Estado, han sido objeto de reconocimiento por el CERMI al haber otorgado a nuestra Institución el Premio 'cermi.es' 2012, en su categoría institucional, por su atribución constitucional de promover la acción de la Justicia en beneficio de los derechos de las personas discapacidad, que sufren situaciones acusadas de discriminación y exclusión por su diversidad humana.

Advertida la necesidad de una colaboración específica en este ámbito, se firmó el *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* el 20 de noviembre de 2012 en la sede de la Fiscalía General del Estado.

El mencionado documento contiene las siguientes cláusulas:

PRIMERA.- De conformidad con lo dispuesto en el Convenio Marco de colaboración firmado el 25 de enero de 2006, se realizarán actividades de estudio e investigación en el ámbito de la protección jurídica del derecho contemplado en el presente Convenio.

SEGUNDA.- Se establecerá un cauce institucional de comunicación de casos que puedan suponer vulneración de los derechos objeto del presente convenio a fin de que puedan ejercitarse las acciones correspondientes o, en su caso, la remisión a las autoridades administrativas para el ejercicio de las facultades sancionadoras previstas en la Ley General de la Comunicación Audiovisual (artículos 57 y ss.) u otras de idéntico sentido en materia de protección de menores vigentes en las distintas Comunidades Autónomas.

TERCERA.- Sin perjuicio de las competencias de la Oficina Permanente Especializada del Consejo Nacional de la Discapacidad (artículos 15 y 20.1 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y 11 y ss. del Real Decreto 1855/2009, de 4 de diciembre), la Comisión de Imagen Social de la Discapacidad y Medios de Comunicación del CERMI podrá ser requerida para colaboración en el estudio de casos complejos en los que pueda verse afectada la imagen social de los niños y niñas con discapacidad por la actuación de los medios de comunicación, mediación y asesoramiento a las personas afectadas y, en su caso, intervención en los procesos correspondientes al amparo de la legitimación que otorga el artículo 19 de la Ley 51/2003.



**FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO**

QUINTA.- Se constituye una Comisión de Seguimiento, integrada por dos representantes de cada una de las partes, a la que corresponderá velar por el correcto desarrollo y ejecución de lo dispuesto en este Convenio, impulsar la adopción de las medidas y acciones necesarias para el eficaz cumplimiento de los objetivos comunes perseguidos por las partes y resolver las controversias que puedan surgir en la interpretación y aplicación del presente convenio. Los miembros de la comisión de Seguimiento podrán delegar sus funciones en las personas que tengan por conveniente.

Esta Comisión de Seguimiento se constituyó el 26 de febrero de 2013 en la sede del CERMI. Entre los puntos del orden del día se encontraba la necesidad de difusión del Convenio, el régimen de comunicación entre ambas instituciones y la selección de los temas que precisan de un tratamiento especial. Se abordó también la posibilidad de realizar tareas de mediación y sensibilización en aquellos casos en los que el propósito inicial del programa sea una finalidad solidaria, siempre y cuando no contengan contenidos intolerables.

A este último propósito obedece el presente dictamen.

V. CONCLUSIONES

PRIMERA.- Los Srs. Fiscales analizarán la aparición de niños y niñas con discapacidad en emisiones televisivas partiendo de la protección reforzada que ha de dispensarse a los niños con discapacidad en tanto son personas 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.

SEGUNDA.- Al valorar este tipo de emisiones, los Srs. Fiscales se ajustarán a las siguientes pautas:

A.- Son plenamente vigentes los criterios contenidos en la Instrucción 2/2006 de la



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Fiscalía General del Estado sobre *el Fiscal y la Protección del Derecho al Honor, Intimidad y Propia Imagen de los Menores*, de 15 de marzo de 2006. Tales criterios se aplicarán, tras las tareas de comprobación de los contenidos que exigen los artículos 3 de 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* y 4 de la 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.

C.- Sin perjuicio de la aplicación directa de los principios de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea de UN el 13 de diciembre de 2006 y suscrita y ratificada por España en 2007 (BOE 21 de abril de 2008), es preciso atender a la expresa referencia que en la misma se hace al papel de los medios de comunicación en la “toma de conciencia” sobre estos derechos y, en particular, al triple mandato que el art. 8.5 de la Ley 7/2010 *General de la Comunicación Audiovisual* dirige a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual en lo que afecta a las personas con discapacidad:

- Ofrecer una imagen ajustada, normalizada, respetuosa e inclusiva de la discapacidad, en tanto que manifestación enriquecedora de la diversidad humana.
- Evitar la difusión de percepciones estereotipadas, sesgadas o producto de los prejuicios sociales.
- Procurar que su aparición en la programación sea proporcional al peso y a la participación de estas personas en el conjunto de la sociedad.

TERCERA.- 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



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

- los actos de discriminación en el tenor de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, *de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*. En esta perspectiva resultará imprescindible la comprensión del proceso evolutivo de la imagen social de las personas con discapacidad.

CUARTA.- Cuando las emisiones o programas presenten una imagen social de la discapacidad que no responda inicialmente a las exigencias de la CDPCD y siempre que no incluyan contenidos intolerables, los Srs. Fiscales se abstendrán de ejercitar acciones judiciales, barajando un triple condicionamiento:

- La importancia de fomentar a través de los medios de comunicación actitudes positivas hacia los niños con discapacidad,
- La necesidad de la aparición proporcional de los niños con discapacidad en la programación y en el conjunto de la sociedad.
- El carácter generalmente solidario de las emisiones.

Sin embargo, a través del Fiscal Delegado de Menores, pondrán el caso en conocimiento de la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores 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.

QUINTA.- Para facilitar la labor de la Comisión de Seguimiento creada conforme al *Convenio de colaboración* entre la FGE y el CERMI en materia de *protección de la imagen de las niñas y niños con discapacidad en los medios de comunicación*, los Srs. Fiscales comunicarán a la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores los casos relativos programas cuyos contenidos o formas de presentación revistan características especiales o alguna complejidad.