

**ACORD 5/2017, de 18 de gener, del Ple
del Consell de l'Audiovisual de Catalunya**

Sobre l'anàlisi d'una entrevista emesa per Ràdio Palamós, el 28 de novembre de 2016, sobre el cas d'una menor d'edat tutelada

Fets

1r. Amb data 10 de gener de 2017, va entrar en el registre del Consell de l'Audiovisual de Catalunya un escrit del director general d'Atenció a la Infància i l'Adolescència (DGAIA) de la Generalitat de Catalunya (registre núm. 0003E/25/2017) en què manifesta la preocupació per "la difusió de les dades personals" d'una menor d'edat sota tutela de la DGAIA.

2n. La queixa assenyala que la difusió de dades personals s'ha produït en una entrevista emesa a Ràdio Palamós ("de data 29/11/2016") i en continguts difosos mitjançant la xarxa social Facebook ("compte obert a nom de #Justicia para Lupe#"). S'hi indica que aquests fets "poden repercutir molt negativament en la [...] intimitat i en la fràgil situació personal, social i familiar que [la menor] té actualment."

Segons la DGAIA, s'ha pogut produir "[...] una vulneració dels drets a l'honor, a la intimitat, a la pròpia imatge i a la confidencialitat de les dades" de la menor en qüestió, atès que els mitjans esmentats han aportat "[...] dades suficients com per permetre'n la identificació". En concret, la queixa al·ludeix al nom, l'edat, el domicili familiar, els noms dels pares, el nombre de germans i la situació de la mare.

3r. L'Àrea de Continguts del Consell va elaborar l'Informe 1/2017, de 13 de gener, a l'efecte d'analitzar l'existència d'elements que poguessin possibilitar la identificació de la víctima menor d'edat en situació d'acollida o no, en el programa *L'entrevista* emès el 28 de novembre –data real de l'emissió objecte d'anàlisi– a càrrec del prestador de serveis Ràdio Palamós.

4t. Aquest Informe –d'acord amb la informació inclosa al web del prestador– identifica el programa *L'entrevista* com "[...] un programa setmanal de Ràdio Palamós que s'emet els dilluns a les 12.05 hores (amb redifusió a les 17.30 hores) i que té una durada aproximada de 25 minuts. Està dirigit i presentat per Jordi Rodríguez i Carles Ribas, que entrevisten persones relacionades amb algun tema d'actualitat en l'àmbit de Palamós [...]".

5è. Les referències al programa a la pàgina de Facebook del prestador no són objecte d'anàlisi, atesa la manca de competència d'aquesta institució en les xarxes de comunicació electrònica.

6è. En relació amb la descripció de la peça que és objecte d'anàlisi, l'Informe 1/2017, de l'Àrea de Continguts, assenyala el següent: "[...] La persona entrevistada en l'edició del 28 de novembre de 2016 del programa *L'entrevista* és la senyora Lupe Aranda Torres, l'àvia materna d'una menor en situació d'acollida. Des del seu punt de vista, la convidada explica el cas referit a la guarda de la seva néta.

L'edició analitzada té una durada total de 21 minuts i 57 segons, i presenta l'estructura següent:

- Introducció del conductor del programa sobre les competències de la DGAIA en matèria d'infants i adolescents en situació de risc social (55 segons).
- Entrevista a Lupe Torres Aranda (21 minuts i 2 segons) [...]”.

7è. Vist l'informe de l'Àrea Jurídica d'aquest Consell, les consideracions del qual es reproduïxen íntegrament:

«Consideracions jurídiques

Primera. La protecció jurídica del menor

Pel que fa als principis rectors de la política social i econòmica (capítol tercer, secció segona del títol I CE), l'apartat 4 de l'article 39 estableix que “Els infants gaudiran de la protecció prevista en els acords internacionals que vetllen pels seus drets”. La CE efectua, així, un reconeixement exprés dels textos internacionals en matèria de drets dels menors. Extractem, per tots, els següents: Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics de 19 de desembre de 1966 (article 24); Conveni Europeu de 4 de novembre del 1950 per a la Protecció dels drets humans i de les llibertats fonamentals (article 6); Regles mínimes de les Nacions Unides per a l'administració de justícia de menors de 29 novembre 1985 – Regles de Beijing– (article 8); Convenció sobre els Drets de l'Infant, adoptada per les Nacions Unides de 20 de novembre de 1989 (articles 3 i 40); Carta Europea dels Drets de l'Infant de 21 de setembre de 1992 (punt 2 de la part dispositiva); Resolució del Parlament Europeu A3-0172/92, sobre la Carta Europea dels Drets de l'Infant, de 8 de juliol de 1992 (punt 8.43); Observació general núm. 14, de 29 de maig de 2013, del Comitè de Nacions Unides, sobre el dret de l'infant que el seu interès superior sigui una consideració primordial.

El desenvolupament concret de la protecció del menor s'ha dut a terme mitjançant la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor (LOPJM), que, en l'exposició de motius, ja assenyala que “[...] con el fin de reforzar los mecanismos de garantía previstos en 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, se prohíbe la difusión de datos o imágenes referidos a menores de edad en los medios de comunicación cuando sea contrario a su interés, incluso cuando conste el consentimiento del menor [...]”.

Recull com a principi general, en el seu article 2, la primacia de l'interès superior dels menors sobre qualsevol altre interès legítim que pugui concórrer¹ i configura aquest interès com un dels principis d'actuació dels poders públics (lletra a de l'apartat 2 de l'article 11).

La llei preveu com a intromissió il·legítima en l'esfera de protecció del menor “[...] cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que

¹ Cal tenir en compte que la recent Llei orgànica 8/2015, de 22 de juliol, de modificació del sistema de protecció a la infància i a l'adolescència, als efectes d'establir uns criteris generals que reforcin el dret del menor per tal que el seu *interès superior* sigui prioritari, introdueix quatre nous apartats a l'article 2 de la LOPJM. Com assenyala en el seu preàmbul, “[...] si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor [...]” a l'objecte “[...] de asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral”.

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” (apartat 3 de l'article 4). Aquesta limitació, obeeix, com així va assenyalar la Instrucció 2/2006 de la Fiscalia General de l'Estat, de 15 de març, sobre el fiscal i la protecció del dret a l'honor, intimitat i pròpia imatge dels menors, a la finalitat de: 1) reforçar la seva protecció i evitar el perjudici de la difusió d'informacions per part dels mitjans de comunicació (com ara la identificació pel nom i cognoms; la captació de la imatge o veu; o altres dades que, indirectament, en puguin facilitar la identificació) respecte d'esdeveniments que li siguin potencialment perjudicials o puguin influir negativament en el seu desenvolupament; i 2) evitar la difusió de dades col·laterals (identificació de la seva família pròxima, imatges del domicili etc.) que siguin aptes per a facilitar-ne la identificació en relació amb fets investigats o sentenciats.

La doctrina jurisprudencial és coincident a l'hora d'atorgar la màxima protecció als drets de la personalitat quan hi ha menors implicats en el succés. Per totes, és significativa la STS d'11 de juny de 2012 quan afirma que “[...] en los supuestos en los que están implicados menores de edad, la doctrina constitucional ha otorgado un ámbito de superprotección que obliga a ser sumamente cautelosos en cuanto a la información que de los mismos se suministra, aunque ésta tenga interés público [...]”, i recorda que “[...] el Tribunal Constitucional ha señalado que el legítimo interés de un menor de que no se divulguen datos relativos a su vida familiar o personal parece imponer un límite infranqueable tanto a la libertad de expresión como al derecho fundamental a comunicar libremente información veraz, sin que la supuesta veracidad de lo revelado exonere al medio de comunicación de responsabilidad por la intromisión en la vida privada de los menores [...]”. Tant és així, que aquest caràcter de *superprotecció* és prevalent “[...] aunque la noticia merezca el calificativo de información neutral”. STC de 15 de juliol de 1999 i STS de 9 de juliol de 2009, entre d'altres.

Segona. Eventual identificació d'un menor en el decurs d'una entrevista a l'àvia d'una menor d'edat en situació d'acollida, emesa per Ràdio Palamós el 28 de novembre de 2016

Pel que fa als elements relacionats amb la identitat d'un menor d'edat, l'informe de Continguts assenyala el següent: “[...] l'entrevista analitzada inclou diversos elements relacionats amb la identitat de la menor d'edat.

D'una banda, el presentador esmenta el nom (“[...]”) i l'edat (“quatre mesos”) de la menor en una ocasió.

D'altra banda, la persona entrevistada –àvia materna de la menor– proporciona la informació següent al llarg de l'entrevista:

- Nom. Esmenta el nom de la menor d'edat (“[...]”) en diverses ocasions.
- Domicili. El domicili dels avis se situa a Palamós. No s'indica si la família d'acollida de la menor també viu en aquest municipi.
- Edat. Quatre mesos.
- Malaltia. Patologia relacionada amb el tancament de les fontanel·les. Té afectacions neurològiques (rigidesa en el cos, ull desviat). Està pendent d'una operació cranial.
- Entorn familiar.
 - o Avis. L'àvia es diu Lupe Aranda Torres i té 44 anys. Ella i el seu marit tenen la guarda simple d'un nét i una néta.

- o Mare. Té un problema de “tòxics” i ha patit maltractaments per part de les seves parelles.
 - o Germans. La menor té una germana de 7 anys –[...]– i un germà de 2 anys –[...]–, que són de pares diferents. Els dos germans viuen amb els avis.
- Situació de tutela a càrrec de la Generalitat de Catalunya.

Aquestes dades són accessibles mitjançant internet, concretament, mitjançant el lloc web de Ràdio Palamós [...]”.

L'apartat 1 de l'article 81 de la LCA determina que “[...] Els prestadors de serveis de comunicació audiovisual no poden difondre el nom, la imatge ni altres dades que permetin d'identificar els menors en els casos en què, amb el consentiment o sense el consentiment de llurs pares o tutors, en puguin quedar afectats l'honor, la intimitat o la imatge, i d'una manera particular si apareixen o poden aparèixer com a víctimes, testimonis o inculpat amb relació a la comissió d'accions il·legals. Tampoc no es poden divulgar les dades relatives a la filiació d'infants i adolescents acollits o adoptats.”²

Aquest precepte de la LCA amplia i reforça el cercle de protecció del menor. Prohibeix, en tot cas, la difusió de dades que permetin la identificació de menors en el “context” de fets delictius o relatives a la seva filiació. Es completen així, els il·límits “d'intromissió il·legítima” en el dret a l'honor, a la intimitat i a la pròpia imatge del menor en què la utilització de la seva imatge o del seu nom pugui implicar un “menysteniment” de la seva honra o reputació, o sigui contrària als seus “interessos”, en els termes de l'article 4 de la LOPJM. Per tant, en l'àmbit de la comunicació audiovisual, és clara la prohibició que afecta els prestadors de serveis de comunicació audiovisual de no difondre el nom, la imatge o altres dades que permetin la identificació dels menors, en el “context” de fets sobre la seva filiació.

En el marc de la LOPJM, tot i que l'apartat 3 de l'article 4 no ha previst aquest supòsit d'identificació com una intromissió il·legítima en l'esfera de protecció del menor, la Instrucció 2/2006 de la Fiscalia General de l'Estat, de 15 de març, sobre el fiscal i la protecció del dret a l'honor, intimitat i pròpia imatge dels menors –punt 6è, “Protección de los derechos del menor y derecho a emitir y recibir información veraz”–, assenyala el següent:

“[...] Habrá de evitarse no sólo la identificación por nombre y apellidos de las víctimas menores y la captación de su imagen, sino también la información sobre datos colaterales (identificación de su familia próxima, imágenes de su domicilio, etc.) que sean aptos para facilitar la identificación de las víctimas [...]”.

Això no obstant, en qualsevol cas, si les dades difoses permeten concloure que s'ha produït la identificació de la menor, no sembla que hi hagi d'haver cap dificultat a entendre que se n'ha afectat l'honor, la intimitat o la imatge, i sens perjudici que, com diu la Sentència de l'Audiència Provincial de Tarragona, de 9 de gener de 2015, “[...] un mateix acte o comportament [*la divulgació de les dades*] pugui lesionar-los simultàniament [...]”.

D'altra banda, respecte de la seva qualificació com a possibles dades colaterals, reproduïm les conclusions de l'informe d'anàlisi de continguts: “[...] S'inclouen diverses dades que podrien permetre la identificació de la menor d'edat en cercles socials propers: nom, edat, domicili dels avis, malaltia, situació de tutela i referència a la mare i als dos

² En un sentit similar, vegeu, també, l'apartat 1 *in fine* de l'article 7 de la Llei 7/2010, de 31 de març, general de la comunicació audiovisual.

germans. La mateixa presència de l'àvia, identificada amb noms i cognoms, és un altre element identificador de la menor”.

Cal subratllar, finalment, que en relació amb una eventual identificació, la doctrina jurisprudencial exigeix, només, que la identificació sigui susceptible que l'efectuïn persones del seu entorn més immediat (familiar, escolar o social). Vegeu, en aquest sentit, les sentències de l'Audiència Provincial de Tarragona i de Sevilla, de 9 de gener i de 26 de juny de 2015, respectivament.

En definitiva, estem davant d'un àmbit de valoració subjectiva que, no obstant això, se sustenta en criteris objectivables que podrien permetre identificar la menor d'edat, com a mínim, en el seu cercle social més proper mitjançant la presència d'elements susceptibles d'identificació directa i indirecta.

Tercera. Aplicació de la normativa en matèria de comunicació audiovisual als diaris electrònics a les xarxes de comunicacions electròniques

Amb caràcter general, les xarxes de comunicacions electròniques queden excloses de l'aplicació de la normativa en matèria de comunicació audiovisual, això no obstant, mitjançant sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 21 d'octubre de 2015 (assumpte C-347/14, *New Media Online GmbH c. KommAustria*)³ els continguts audiovisuals allotjats al web d'un diari resten subjectes a la normativa sobre serveis de comunicació audiovisual sempre que es tractin de continguts autònoms.

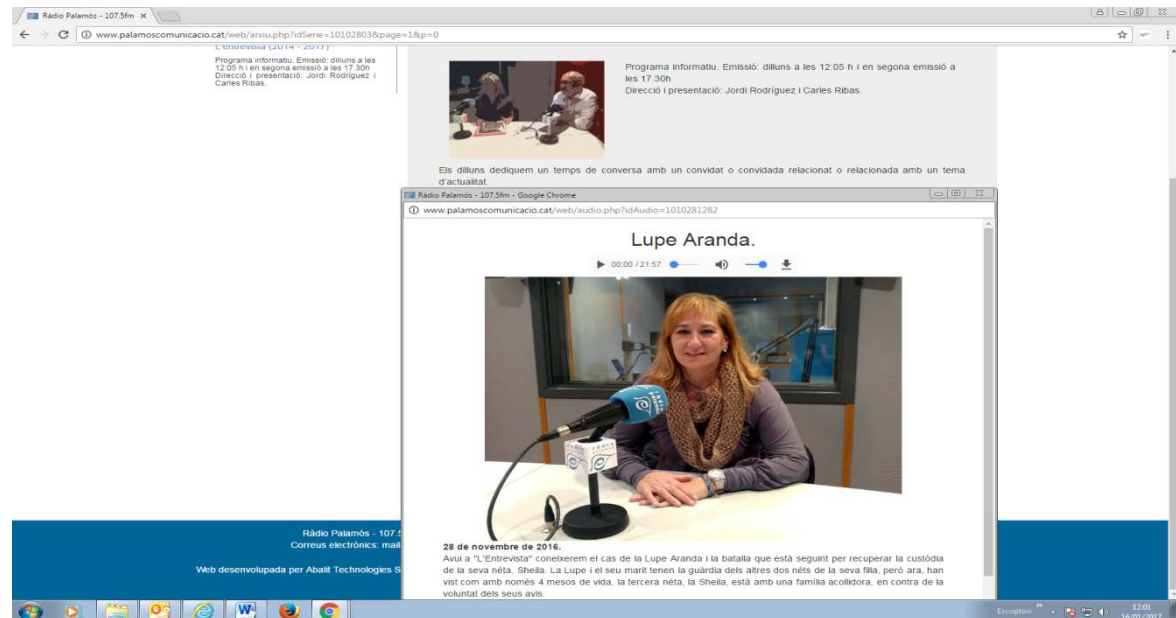
La mateixa sentència estableix que aquest tipus de continguts responen al concepte de “programa” i competeixen amb els serveis d'informació oferts pels prestadors de serveis de comunicació audiovisuals. Això no obstant, també subratlla que la versió digital d'un diari (tot i la presència d'elements audiovisuals) no s'ha de considerar un servei audiovisual “[...] cuando dichos elementos sean incidentales y sirvan únicamente para completar la oferta de los artículos de prensa escrita [...]”. El mateix Tribunal argumenta, en relació amb el cas enjudiciat, que “[...] en este caso concreto muy pocos artículos de prensa se vinculan a las secuencias de vídeo del que se trata y que la mayor parte de esos vídeos es accesible y puede visualizarse al margen de la consulta de los artículos de la versión digital del periódico [...]”.

En aquest sentit, l'informe de continguts exposa que “[...] la mostra de l'informe és l'edició del programa *L'entrevista* que es troba a la pàgina web de Ràdio Palamós, [...], corresponent al 28 de novembre del 2016 [...]”. En efecte, d'acord amb la sistematització tant de la informació escrita, com dels continguts audiovisuals que s'hi poden trobar al lloc web de Ràdio Palamós, es tracta de continguts autònoms i dissociats els uns dels altres, i per tant, aquests últims romanen sota la legislació aplicable als serveis de comunicació audiovisual. Així mateix, cal fer especial esment al fet que, per accedir al contingut de l'entrevista objecte d'aquest informe, al web hi apareix la fesomia de l'àvia amb la llegenda següent:

³ La sentència respon a un recurs de la societat New Media Online, que explota el diari digital austríac *Tiroler Tageszeitung* en línia, formulat davant el Tribunal Contenciós Administratiu d'Àustria, que va demanar a la cort europea la seva interpretació de la directiva de serveis de comunicació audiovisual.

El diari, principalment dedicat a la premsa escrita, ofereix vídeos relacionats amb diverses matèries, d'entre trenta segons i diversos minuts, una part produïda per un prestador de serveis de comunicació audiovisual regional, Tirol TV, i accessible també mitjançant el seu web.

Avui a "L'Entrevista" coneixerem el cas de la Lupe Aranda i la batalla que està seguint per recuperar la custòdia de la seva néta, [...]. La Lupe i el seu marit tenen la guàrdia dels altres dos néts de la seva filla, però ara, han vist com amb només 4 mesos de vida, la tercera néta, la [...], està amb una família acollidora, en contra de la voluntat dels seus avis.



Elements que, a banda dels exposats en els apartats anteriors, també possibiliten la identificació de la menor d'edat que està sota la tutela de la DGAIA.»

Per tot el que s'ha exposat, el Ple del Consell de l'Audiovisual de Catalunya adopta, per unanimitat, el següent

ACORD

1. Requerir l'Ajuntament de Palamós, com a titular de Ràdio Palamós, que, amb caràcter immediat, retiri de la web <http://www.palamoscomunicacio.cat/web/> l'edició del 28 de novembre de 2016 del programa *L'entrevista*.
2. Recordar a l'Ajuntament de Palamós, com a titular del prestador del servei de comunicació audiovisual Ràdio Palamós, que cal extremar la cura en el tractament informatiu dels continguts relatius a infants en situació de vulnerabilitat, als efectes de garantir la seva necessària protecció jurídica.
3. Notificar aquest Acord a l'Ajuntament de Palamós, com a titular del prestador del servei de comunicació audiovisual Ràdio Palamós.
4. Notificar aquest Acord a la Direcció General d'Atenció a la Infància i l'Adolescència, juntament amb l'Informe 1/2017, de 13 de gener de l'Àrea de Continguts del Consell.

Barcelona, 18 de gener de 2017

Roger Loppacher i Crehuet
President

Daniel Sirera Bellés
Conseller secretari