

LA PROTECCIÓ DE LA IMATGE
DEL MENOR EN ELS MITJANS
DE COMUNICACIÓ: ÚLTIMES NOVETATS
ARRAN DE LA INSTRUCCIÓ 2/2006, DE 15 DE MARÇ,
SOBRE EL FISCAL I LA PROTECCIÓ DEL DRET
A L'HONOR, A LA INTIMITAT I A LA PRÒPIA
IMATGE DELS MENORS

Alejandra de Lama Aymá
Professora lectora de dret civil
Universitat Autònoma de Barcelona

1. INTRODUCCIÓ

L'anomenat *dret de menors* persegueix atorgar una major autonomia jurídica al menor d'edat, així com fomentar el màxim respecte al lliure desenvolupament de la seva personalitat i els seus drets fonamentals. Una manifestació d'això va ser la Llei orgànica 1/1982, de 5 de maig, de protecció civil del dret a l'honor, a la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge, que en l'article 3 estableix que el menor podrà prestar per si mateix el consentiment a intromissions en el seu dret a l'honor, la intimitat i la pròpia imatge quan tingui maduresa suficient, i que, quan no sigui així, ho podran fer els seus representants legals amb la comunicació prèvia d'aquest fet al ministeri fiscal.

Ara bé, l'evolució de la programació televisiva principalment, però també l'aparició d'Internet i les noves tecnologies, han creat una sèrie de situacions altament perilloses i potencialment perjudicials per al menor. L'apogeu mediàtic del periodisme rosa ha depassat els límits de la protecció dels drets a l'honor, la intimitat i la imatge per tal de fer prevaldre una presumpta llibertat d'informació. Això en relació amb els menors d'edat té un doble perill, ja que no solament es vulneren els drets del menor, sinó que a més perjudica una persona indefensa en la mesura que encara està desenvolupant la seva personalitat. Així, el tractament de menors d'edat amb notorietat pública per les seves aparicions en els mitjans audiovisuals, la utilització dels fills per alguns famosos amb l'única finalitat d'augmentar el valor de la seva pròpia imatge en els mitjans, l'aparició

dels *reality shows*, que fomenten endinsar-se en situacions personals morboses també del menor d'edat, l'ús d'Internet per difondre pornografia infantil..., han portat la situació a un punt insostenible que ha fet reaccionar el legislador.

En efecte, com a conseqüència d'aquesta situació d'intromissions indiscriminades en l'honor, la imatge i la intimitat va sorgir la Llei 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, que en l'article 4 diu que serà irrellevant el consentiment del menor o dels seus representants legals si la intromissió en la imatge del menor és contrària al seu interès o la seva honra, de manera que el ministeri fiscal pot prendre les mesures de protecció del menor que consideri necessàries. Malgrat que creiem que la lletra de la Llei és clara, això es va interpretar, com després s'exposarà, des d'alguns sectors jurídics i des dels mitjans de comunicació, en el sentit que el consentiment era irrellevant a l'efecte de legitimar qualsevol intromissió en la imatge del menor. D'altra banda, la protecció qualificada del menor va crear certa inseguretat en la ponderació entre la llibertat d'informació i els drets a l'honor, la intimitat i la imatge del menor. Això va provocar nombrosos procediments judicials per usos indeguts de la imatge del menor i, com a conseqüència d'això, els mitjans van adoptar una actitud defensiva d'eliminació dels menors de manera sistemàtica per tal d'evitar demandes. Així, el defensor del lector d'*El País* diu que «[L]a aplicación de la Ley de Protección del Menor, de enero de 1996, ha tenido como consecuencia una reducción de la presencia de niños en los medios de comunicación. La parte positiva de ello es que se ha puesto coto a la difusión de fotografías y vídeos que vulneraban el derecho a la imagen de los pequeños. La negativa es que, por temor a transgredir la ley, se ha tendido a prescindir de imágenes que incluyeran a menores, mostrando un extraño mundo sin niños».¹

La Instrucció 2/2006, de 15 de març, sobre el fiscal i la protecció del dret a l'honor, la intimitat i la pròpia imatge dels menors, d'alta qualitat jurídica, posa fi a aquesta situació establint una sèrie de criteris d'interpretació de la Llei 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, que intenten trobar un equilibri entre l'autonomia del menor, la protecció dels seus drets i la seguretat jurídica en l'exercici de la llibertat d'informació.

En tot cas, com diu la Instrucció, «ni las vigorosas normas internacionales, estatales y autonómicas ya promulgadas, ni la supervisión de las Administraciones públicas, ni la decidida intervención del Ministerio Fiscal pueden garantizar un pleno y riguroso respeto a los derechos de los menores si no van acompañadas de una auténtica concienciación social que asuma la necesidad de una escrupulosa tutela frente a las intromisiones que puedan llegar a poner en riesgo

1. S. SERRANO, «Niños invisibles», *El País* (26 de març de 2006).

o perturbar su proceso de maduración. Representantes legales, medios de comunicación, poderes públicos y sociedad en general, deben cada uno en su ámbito funcional constituirse en garantes de los derechos de los menores. Los profesionales y los medios de comunicación debieran sin reservas asumir ese principio deontológico».

2. LA LLEI ORGÀNICA 1/1982, DE 5 DE MAIG, DE PROTECCIÓ CIVIL DEL DRET A L'HONOR, A LA INTIMITAT PERSONAL I FAMILIAR I A LA PRÒPIA IMATGE

L'article 3.1 de la Llei orgànica 1/1982, de 5 de maig, de protecció civil del dret a l'honor, a la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge estableix que «el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten», i en el seu apartat segon afegeix que «en los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado 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».

En relació amb el moment en què el menor té maduresa per a consentir la intromissió en la seva imatge, hi ha una gran diversitat d'opinions entre la doctrina i hi ha qui parla dels set anys,² qui parla dels dotze³ i qui parla dels dotze o els catorze en funció de la gravetat de l'acte.⁴ Per la seva part, la Instrucció 2/2006, de 15 de març, sobre el fiscal i la protecció del dret a l'honor, la intimitat i la pròpia imatge dels menors diu que la disparitat d'opinions jurídiques en relació amb l'establiment d'una edat fixa a partir de la qual es té maduresa per a consentir una intromissió, «lleva a la necesidad de integrar este concepto jurídico indeterminado valorando todas las circunstancias concurrentes en cada caso, partiendo de que la capacidad general de los menores no emancipados es variable o flexible, en función de la edad, del desarrollo emocional, intelectual y volitivo del concreto menor y de la complejidad del acto de que se trate».

2. M. de la VÁLGOMA, «Comentario a la ley orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen», *Anuario de Derechos Humanos*, t. II (1983), p. 647-671, i F. HERRERO TEJEDOR, *Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, 1990, p. 222.

3. J. L. CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, *Honor, intimidad y propia imagen: Un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982*, Barcelona, 1996, p. 135.

4. C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, «La intervención del Ministerio Fiscal en la autorización prestada por menores e incapaces a las intromisiones en su honor, intimidad y derecho a la propia imagen», *Revista General del Derecho*, núm. 475-476 (1984), p. 664.

És cert que la maduresa depèn de cada menor i de la rellevància de l'acte que es consent. En efecte, no és el mateix consentir aparèixer com a públic en un programa de televisió que prestar el consentiment a la cessió de la imatge per a un espot publicitari, ja que en el primer cas estem davant d'una mera cessió de la imatge sense rellevància aparent i en el segon estem davant de la cessió de la imatge en l'àmbit d'un contracte que, a més, afecta la llibertat del menor en la mesura que significa la realització d'una prestació personal. Tanmateix, creiem convenient establir una edat orientativa a partir de la qual es pugui consentir com a regla general i al marge de les consideracions concretes que mereixi el desenvolupament intel·lectual de cada menor o la rellevància de l'acte sobre la imatge, ja que el contrari ens porta a una inseguretat jurídica innecessària. A més, si bé abans de la Llei orgànica 1/1996, de protecció jurídica del menor, deixar a la determinació del cas concret l'existència de maduresa permetia intervenir en aquells casos en els quals el menor havia consentit una intromissió il·legítima que el perjudicava clarament, després de la promulgació de la Llei orgànica 1/1996 això ja no és necessari, ja que, encara que es consideri que el menor té capacitat per a consentir, el seu consentiment serà irrellevant si realment la intromissió en els seus drets el perjudica greument. Creiem que l'anàlisi dels antecedents legislatius i una interpretació integrada de la normativa relativa a la capacitat del menor ens han de fer deduir els dotze anys com a edat orientativa a la qual es té maduresa per a consentir sobre la imatge i, per tant, s'ha d'exigir el consentiment del menor.

En relació amb la necessitat de comunicació prèvia al ministeri fiscal quan els representants legals consenten una intromissió en la imatge del menor, s'ha de fer notar que es tracta d'una comunicació prèvia a la cessió de la imatge i per a aquells casos en els quals el menor no té maduresa per a consentir per si mateix. Es tracta d'evitar que el consentiment dels representants pugui legitimar una cessió de la imatge del menor perjudicial per a aquest, si bé això queda avui en dia matisat per les disposicions de la Llei orgànica 1/1996, que estableixen que el consentiment dels representants no legitimarà la intromissió en la imatge del menor quan aquesta vulneri el seu interès o la seva honra.

D'altra banda, com reconeix la Instrucció 2/2006, de 15 de març, sobre el fiscal i la protecció del dret a l'honor, la intimitat i la pròpia imatge dels menors, l'experiència ha demostrat que rarament es produeix aquesta comunicació prèvia al ministeri fiscal. L'absència de comunicació al ministeri fiscal produiria una situació anàloga a la intervenció en un negoci sense legitimació suficient, per a la qual l'article 1259 CC preveu la nul·litat. És per això que seria possible una sort de convalidació en cas que, coneixent-se posteriorment l'esmentat acte pel ministeri fiscal o el jutge, no s'intervingués. Al contrari, la no-comunicació al mi-

nisteri fiscal d'una intromissió perjudicial per al menor justificaria la seva intervenció. La jurisprudència havia apuntat en aquesta direcció en la SAP de Pon-tevedra de 20 d'abril de 1994, on, malgrat que hi havia el consentiment tàcit de la mare, no constava la comunicació al ministeri fiscal, per la qual cosa es va considerar que l'ús de la imatge de la menor vulnerava el seu interès i havia d'inden-nitzar-se el dany produït. La promulgació de la Llei orgànica 1/1996, de protecció jurídica del menor, ja establia com a criteri determinant de la inter-venció del ministeri fiscal la vulneració o no de l'interès del menor. La Instruc-ció 2/2006, de 15 de març, sobre el fiscal i la protecció del dret a l'honor, la intimitat i la pròpia imatge dels menors, considera l'interès del menor el criteri determinant de la intervenció o no del ministeri fiscal en els casos de falta de co-municació prèvia dels pares o el tutor quan diu que «debe constatar-se que esta-dísticamente son escasísimos los supuestos en los que los representantes legales cumplen las prescripciones de la Ley y ponen en conocimiento del fiscal esos consentimientos proyectados. Pese a ello, los Sres. Fiscales se abstendrán de uti-lizar el incumplimiento de estas exigencias formales para impugnar negocios o actos respetuosos con los intereses del menor», i afegeix que «si por el contra-rio la intromisión en la intimidad o en la imagen del menor se considera con-traria a sus intereses y se decide la interposición de la demanda, la misma debe-rá fundamentarse en su caso, además de en los correspondientes motivos de fondo, en el incumplimiento de los requisitos cogentes del art. 3.2 LO 1/82».

En conclusió, malgrat que l'article 3.2 de la Llei orgànica 1/1982 estableix amb caràcter imperatiu l'obligació de comunicar prèviament al ministeri fiscal la cessió de la imatge del menor pels representants quan aquest no té maduresa, l'incompliment d'aquest requisit formal només donarà lloc a la intervenció del ministeri fiscal quan l'esmentada cessió de la imatge sigui efectivament perjudi-cial per al menor. És a dir, l'absència de notificació queda tàcitament validada des del punt de vista formal quan la cessió no vulnera els drets del menor, i, en canvi, converteix en jurídicament atacable l'acte de cessió de la imatge quan aquest és contrari als drets fonamentals del menor. La Instrucció 2/2006, de 15 de març, sobre el fiscal i la protecció del dret a l'honor, la intimitat i la pròpia imatge dels menors, confirma aquesta idea.

En els casos en els quals no ha existit comunicació al ministeri fiscal i s'ha produït un perjudici en l'interès del menor, el ministeri fiscal haurà d'intervenir per tal de protegir el menor i reclamar responsabilitats a les persones implicades (progenitors i mitjans de comunicació). Així succeeix quan els progenitors uti-litzen el menor per a incrementar el valor de la pròpia imatge en els mitjans, quan la cessió de la imatge suposa la realització d'una activitat perjudicial per al menor (treball nocturn, etc.), quan es fa un ús indegut dels beneficis obtinguts

pel menor o, per descomptat, quan es produeixen activitats delictives com incitar el menor a realitzar actes pornogràfics.

En aquest sentit, l'article 134 CF permet a l'autoritat judicial, d'ofici o a instància de part, adoptar les mesures que consideri oportunes per a evitar qual-sevol perjudici en la persona dels fills. Així, podrien limitar-se les facultats de disposició o gestió del patrimoni del fill, exigir prestació de garanties o, fins i tot, nomenar un defensor judicial. Aquestes mesures poden ser útils quan el perjudici té origen en l'exploració econòmica del fill pel fet de gestionar incorrectament els beneficis de la seva activitat. En efecte, l'article 145.2 CF afirma expressament que pertanyen al menor els beneficis produïts per la seva activitat (per exemple, els guanys per una entrevista d'un menor que actua en una sèrie televisiva) i l'article 147 CF estableix la responsabilitat dels pares de l'administració culpable o dolosa del patrimoni dels fills. En últim terme, quedaria oberta la possibilitat de reclamar un enriquiment injust. A més, si el perjudici del menor fos greu, es podria instar la privació de la potestat dels pares. Així succeiria, per exemple i a banda de les conseqüències penals (art. 189 CP), en el cas d'incitació a activitats pornogràfiques.

D'altra banda, el mitjà de comunicació, entès en sentit ampli, que difongués les imatges perjudicials del menor sense exigir la comunicació prèvia al ministeri fiscal hauria d'indemnitzar el menor pels perjudicis causats (art. 4.2 Llei orgànica 1/1996 i 9 Llei orgànica 1/1982).

Lògicament, el ministeri fiscal podria sol·licitar les mesures de protecció previstes en l'article 9 de la Llei orgànica 1/1982 que considerés oportunes (acció de cessació, prevenció de futures intromissions, etc.).

3. LA LLEI ORGÀNICA 1/1996, DE 15 DE GENER, DE PROTECCIÓ JURÍDICA DEL MENOR

Abans de la promulgació de la Llei 1/1996, la situació del menor en els mitjans de comunicació era complicada a causa de l'evolució que aquests havien sofert. La tendència a fomentar les situacions morboses en els *reality shows*, el tractament dels personatges públics per la premsa rosa, la generalització de l'ús d'Internet..., provocaven un major perjudici al menor en els mitjans per l'especial situació d'indefensió que comporta el fet que la seva personalitat estigui encara en desenvolupament. Aquesta situació es va accentuar per la constant absència del requisit formal de la notificació al ministeri fiscal quan els representants cedien la imatge del menor no madur i per l'aparent suficiència del consentiment del menor amb capacitat natural per a consentir vàlidament intromissions en la seva imatge.

I és per això que la Llei orgànica 1/1996 fomenta l'autonomia del menor però intenta també incrementar la seva protecció en els mitjans de comunicació. Així, el primer apartat de l'article 4 declara que «los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como el secreto de las comunicaciones». A més, el segon apartat d'aquest article diu que «la difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que pueden implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados». L'apartat tercer afirma que «se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales». El quart apartat diu que «sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública». Finalment, l'apartat cinquè estableix que «los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros».

Aquest article, que pretenia atorgar una protecció qualificada al menor en els mitjans de comunicació, va introduir alguns problemes d'interpretació: el valor del consentiment del menor o dels seus representants a la intromissió en la imatge, la ponderació entre la llibertat d'informació i els drets del menor, i la materialització de la intervenció del ministeri fiscal davant del perjudici dels drets del menor. Aquestes qüestions, que la doctrina i la jurisprudència havien tractat de manera dispar, han estat interpretades per la Instrucció 2/2006, de 15 de març, sobre el fiscal i la protecció del dret a l'honor, la intimitat i la pròpia imatge dels menors.

3.1. EL CARÀCTER DE L'ACTUACIÓ DEL MINISTERI FISCAL

D'acord amb la lletra de la Llei orgànica 1/1996 sembla que es pot afirmar que el ministeri fiscal intervindrà a posteriori i d'ofici en tots aquells casos en

els quals l'interès del menor hagi estat conculcat. Tal mesura s'havia criticat per la doctrina per entendre que l'actuació del ministeri fiscal hauria de ser subsidiària, això és, en defecte d'actuació protectora dels representants legals.⁵

La Instrucció 2/2006, de 15 de març, sobre el fiscal i la protecció del dret a l'honor, la intimitat i la pròpia imatge dels menors, de nou estableix criteris interpretatius molt aclaridors. Així, s'hi diu:

A los efectos de ponderar el valor de la opinión de los padres deberán distinguirse los supuestos en que éstos tienen privada o suspendida la patria potestad, están imposibilitados para accionar, tienen un conflicto de intereses con los hijos o adoptan una irrazonable actitud de inhibición o pasividad, de aquellos otros supuestos en que se trata de progenitores en pleno y adecuado ejercicio de las funciones derivadas de la patria potestad.

Habrà de ser la regla general la intervenció del Ministeri Fiscal en supuestos de ataques al honor, intimidad y propia imagen de menores desamparados, de menores que sin estar declarados en desamparo son inadecuadamente tratados por sus progenitores, de menores carentes de representantes legales o de menores en conflicto de intereses con sus representantes legales.

Habrà de ser la excepció la intervenció autònoma 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 establezcan acciones en defensa del mismo. Esta excepción habrá de estar basada en una cualificada intensidad lesiva de la intromisión.

Per tant, quan els representants no poden o no volen intervenir en manifest desistiment de les seves funcions com a pares o tutors i això significa una desprotecció de l'interès del menor, la regla general serà la intervenció del ministeri fiscal. Per contra, quan els representants exerceixen correctament els seus deures i decideixen no iniciar un procediment judicial per a evitar allò que consideren que provocarà més perjudici al menor, el criteri serà la no-intervenció del ministeri fiscal.

Així, la Instrucció 2/2006, de 15 de març, sobre el fiscal i la protecció del dret a l'honor, la intimitat i la pròpia imatge dels menors, diu que, per a decidir si és procedent emprendre accions a l'empara de la Llei orgànica 1/1996, «debe, pues, valorarse la posición de los progenitores en los casos en que éstos actúen

5. A. GULLÓN BALLESTEROS, «Sobre la ley 1/1996, de protección jurídica del menor», *La Ley*, 1996, D-40, p. 1692.

adecuadamente respecto del menor, a fin de aquilatar si las circunstancias del caso concreto integran una “difusión contraria al interés del menor”. Habrán de evitar los Sres. Fiscales injerencias improcedentes en las facultades inherentes a la patria potestad, procurando no incurrir en la paradoja de accionar contra la voluntad de los padres que prefieren soslayar la posible mayor difusión de la información que muchas veces se deriva de un proceso judicial. En este sentido habrá de ponderarse en su caso el riesgo y el impacto que pueda generar el denominado *strepitus fori* por lo que cuando sea previsible su concurrencia cabrá, dependiendo de las concretas circunstancias concurrentes, adoptarse la decisión de no ejercitar las acciones correspondientes, en salvaguarda del principio del superior interés del menor». I afegeix, en relació amb la intromissió consentida pel menor, que «habrá de oírse al menor antes de decidir sobre el ejercicio de las acciones. Frente a una voluntad decididamente contraria del menor maduro no procederá ejercitar acciones en su nombre salvo que así lo requiera la propia entidad de la lesión de sus derechos o salvo que tras la audiencia del menor se llegue a la conclusión de que carece de madurez para autodeterminarse en la materia».

Aquesta previsió segurament respon a la voluntat de no-ingerència en l'àmbit familiar quan els titulars de la pàtria potestat exerceixen correctament les funcions de protecció del menor que tenen atribuïdes socialment i jurídicament. Tanmateix, creiem que això és més fruit d'una voluntat de deixar la porta oberta a la possibilitat de no-intervenció del ministeri fiscal, que no pas una autèntica novetat. El principi que ha de regir l'actuació del ministeri públic en darrer terme és la persecució de l'interès del menor.⁶ Quan el benestar del me-

6. De fet, així ho reconeix la Instrucció 2/2006, de 15 de març, sobre el fiscal i la protecció del dret a l'honor, la intimitat i la pròpia imatge dels menors, que «en algunos casos pueden confluír intereses contrapuestos entre el interés de la justicia en que hechos que lesionan la intimidad del menor sean civilmente sancionados con el consiguiente valor ejemplificativo y el interés del concreto menor afectado, que puede verse gravemente lesionado por el propio decurso del proceso. En estos casos, la labor de ponderación del Fiscal habrá decididamente de decantarse por la prevalencia de este último interés».

Entenem com a nucli essencial del concepte d'*interès del menor* la protecció del lliure desenvolupament de la seva personalitat i dels seus drets fonamentals. Vegeu E. ROCA TRIAS, *Familia y cambio social (de la «casa» a la persona)*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1999, p. 216-220, i, també d'E. ROCA-TRIAS, la contestació (*Revista Jurídica de Catalunya*, v. 4 [1994], p. 969-990) al discurs d'ingrés a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya de l'acadèmia numerària A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «El “interés del menor” como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado», *Revista Jurídica de Catalunya*, v. 4 (1994), p. 915-967, i M. ALONSO PÉREZ, «La situación jurídica del menor en la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil: luces y sombras»,

nor està garantit i la intervenció del ministeri fiscal pot ser més perjudicial en el moment actual per al menor que la persecució de la vulneració del seu dret, el fiscal no intervindrà. Es presumeix que això succeirà quan el menor estigui integrat en una família que compleixi la seva funció social, i que no es produirà quan els representants legals no existeixin, desisteixin de les seves funcions, etc.

Així, quan l'interès del menor es perjudica i els pares han desistit de les seves funcions, el ministeri fiscal haurà de considerar la conveniència de determinades mesures, com limitar les facultats de disposició i gestió dels titulars de la pàtria potestat, demanar-los garanties o nomenar un defensor judicial (art. 134 CF), sol·licitar la privació de la potestat (art. 136 CF) o sol·licitar la declaració de desemparament (art. 6 LPMA). També podria sol·licitar una indemnització pels perjudicis causats al menor, la cessació de la intromissió, mesures per a evitar-ne la repetició en el futur, etc. (art. 4.2 Llei orgànica 1/1996 i 9 Llei orgànica 1/1982). En canvi, en determinats casos pot considerar innecessàries altres mesures com la difusió de la sentència o la rectificació, perquè, quan la repercussió mediàtica ha desaparegut, poden ser contra-productes.

El ministeri fiscal no intervindrà quan els pares no siguin responsables de la intromissió il·legítima i, després de ponderar els beneficis i perjudicis d'iniciar accions legals, hagin decidit no fer-ho. Tanmateix, aquesta situació exigeix necessàriament que la pertorbació en els drets del menor hagi cessat, ja que, si no fos així, els titulars de la potestat haurien de prendre mesures per a demanar-ne la cessació. No fer-ho equivaldria a incomplir els deures derivats de la seva potestat. Val a dir, però, que les mesures de protecció del menor no han d'ésser necessàriament judicials, sinó que n'hi poden haver altres de més efectives i adients, com sol·licitar l'eliminació de determinades imatges o informacions d'una pàgina web a l'empresa o mitjà que les ha difós, o negociar amb el mitjà de comunicació els futurs tractaments d'informacions relatives al menor.

Actualidad Civil, núm. 1 (1997), ref. II, p. 24. Vegeu també F. RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, Madrid, 2000, p. 108 i seg., que considera que la protecció del lliure desenvolupament de la personalitat i dels drets fonamentals constitueix el centre conceptual de l'interès del menor, però que cal, a més, garantir la seva felicitat i benestar, i S. NAVAS NAVARRO, «El bienestar y el interés del menor desde una perspectiva comparada», Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ *et al.* (org), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, 2003, t. I, p. 693 i 707, que defineix l'interès del menor com la voluntat del legislador de garantir el desenvolupament òptim de la seva personalitat mitjançant l'exercici dels seus drets fonamentals, i el diferència del benestar del menor, que seria el desenvolupament de la personalitat i l'exercici dels drets fonamentals en si mateixos.

3.2. EL VALOR DEL CONSENTIMENT DEL MENOR I DELS SEUS REPRESENTANTS LEGALS

L'afirmació, per la Llei orgànica 1/1996, de la possible il·legitimitat d'una intromissió en la imatge, la intimitat i l'honor malgrat existir el consentiment dels representants o del mateix menor, ha generat polèmica en la doctrina que opina que això equival a la irrellevància del consentiment per a legitimar intromissions en el dret del menor. Això ha estat criticat per alguns autors, que han entès que vulnerava la capacitat del menor en l'àmbit dels seus drets de la personalitat,⁷ i ha estat justificat per altres, que han entès que la protecció del menor havia de prevaler sobre la seva autonomia.⁸ També en la jurisprudència s'intuïen certes reticències a aplicar el criteri de la irrellevància del consentiment, ja que en la Sentència del Tribunal Suprem (STS) 287/2003, de 26 de març, en la qual s'enjudiciava la possible intromissió il·legítima en la imatge i la intimitat d'un menor de catorze anys amb un greu historial de violència familiar que es trobava a l'hospital perquè havia estat agredit per altres menors, el Tribunal Suprem va entendre que, malgrat que l'entrevista que se li feia revelava detalls escabrosos de la seva vida familiar i que el menor tenia un lleuger retard mental, no existia intromissió il·legítima perquè constaven els consentiments de la mare i del menor i perquè els fets havien succeït anteriorment a la promulgació de la Llei orgànica 1/1996. Si bé és cert que els fets van succeir anteriorment a l'entrada en vigor de la Llei orgànica 1/1996, no és menys cert que el perjudici del menor sembla clar i que la seva capacitat per a consentir era, si més no, dubtosa a causa del lleuger retard mental que sofria. A més, no constava la necessària comunicació prèvia al ministeri fiscal i els consentiments no s'havien donat per escrit, per la qual cosa creiem que el Tribunal tenia cert marge de maniobra per a considerar il·legítima la intromissió. En canvi, la STS 778/2000, de 19 de juliol, no considerava il·legítima la difusió de la imatge d'un menor de setze anys en un programa amb cert contingut picant i desenfadat, atès que va entendre que el menor tenia capacitat per a prestar el consentiment. En aquest cas, tampoc no havia entrat en vigor la Llei orgànica 1/1996 en el moment de la intromissió, però no sembla, pel to desenfadat del programa, que es produís un perjudici al menor.

7. M. E. ROVIRA SUEIRO, *El derecho a la propia imagen: Especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito*, Granada, 1999, p. 127-128; A. GULLÓN BALLESTEROS, «Sobre la ley 1/1996» 1996, D-40, p. 1692; RIVERA FERNÁNDEZ, «Anotaciones a la Ley 1/96, de 15 de enero, de protección jurídica del menor», *Revista General del Derecho*, núm. 621 (1996), p. 6505-6506.

8. J. PLAZA PENADÉS, *El derecho al honor y a la libertad de expresión*, València, 1996, p. 132-133.

Creiem que la clau és fer una interpretació integrada dels preceptes de la Llei orgànica 1/1982 i de la Llei orgànica 1/1996. És a dir, no es tracta de defensar sistemàticament i en qualsevol situació la primàcia del consentiment del menor com una manifestació de la seva capacitat i autonomia, ni tampoc d'entendre que el consentiment del menor és sempre irrellevant. És cert que les limitacions a la capacitat del menor s'han d'interpretar restrictivament, però això no significa que no puguin establir-se limitacions legals a aquesta capacitat del menor amb la finalitat de protegir els seus drets fonamentals i el lliure desenvolupament de la seva personalitat. Però, d'altra banda, la limitació a l'autonomia no ha d'aplicar-se sistemàticament, ja que l'objectiu últim que es persegueix és la protecció de l'interès del menor. De vegades, aquesta s'aconsegueix permetent al menor que actui per si mateix, i altres vegades s'aconsegueix limitant la seva actuació. Per tant, el criteri que s'ha de tenir en compte és la protecció de la personalitat i dels drets fonamentals del menor, i això és el que es dedueix de la literalitat de la Llei orgànica 1/1996, que diu que es considerarà il·legítima la intromissió en el dret del menor, fins i tot si consta el consentiment del menor o dels seus representants, sempre que «pueda implicar menoscabo de su honra o reputación o que sea contraria a su interés». És a dir, el consentiment del menor o dels seus representants serà irrellevant només si la intromissió vulnera l'interès del menor, això és, el lliure desenvolupament de la seva personalitat o els seus drets fonamentals, però no en la resta de casos.

Així ho interpreta la Instrucció 2/2006, de 15 de març, sobre el fiscal i la protecció del dret a l'honor, la intimitat i la pròpia imatge dels menors, quan diu que «aunque la LO 1/96 debilita la eficacia justificadora del consentimiento del menor (art. 4.3 inciso final), la concurrencia del mismo debe sopesarse en cada caso, a la hora de concretar si se ha producido un perjuicio para sus intereses. No debe olvidarse que la propia Exposición de Motivos de la Ley considera que “la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos” y que la LO 1/1996 parte de una concepción de los menores “como sujetos activos participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social”. No puede por tanto asumirse una interpretación conforme a la cual se elimine radicalmente la facultad de los menores maduros de ejercitar los derechos de la personalidad, tan ligados al libre desarrollo de la misma. No puede hacerse tabla rasa de los principios generales que articulan la capacidad del menor maduro en nuestro ordenamiento (art. 162 CC) ni de los propios principios que inspiran la LO 1/1996, entre otros la obligación de dar audiencia al menor (art. 3 LO 1/1996) y el canon hermenéutico que obliga a interpretar restrictivamente las limitaciones a su capacidad de obrar (art. 2 LO 1/1996)».

3.3. ELS CRITERIS DE PONDERACIÓ EN EL CONFLICTE ENTRE LA LLIBERTAT D'INFORMACIÓ I LA PROTECCIÓ DELS DRETS DEL MENOR: POSICIÓ DEL MINISTERI FISCAL

3.3.1. *Criteris generals*

El Tribunal Constitucional ha anat establint diferents criteris per a resoldre el conflicte tradicional entre la llibertat d'informació i la protecció del dret a l'honor, a la intimitat i a la pròpia imatge. Així, pot afirmar-se que, quan una determinada informació té interès públic, és veraç, no gratuïta i contribueix a la formació de l'opinió pública, ha de prevaler sobre la protecció dels drets esmentats.

A causa de l'especial protecció de l'honor, la intimitat i la imatge del menor d'edat ja declarada en l'article 20.4 de la Constitució espanyola (CE) i posteriorment desenvolupada i reforçada per la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener de 1996, els criteris de ponderació entre la llibertat d'informació i els drets a l'honor, la intimitat i la imatge determinats pel Tribunal Constitucional, s'han interpretat de manera especialment rigorosa i s'han establert alguns criteris afegits per tal de protegir el menor en els mitjans de comunicació.

Tanmateix, com s'ha comentat, aquesta circumstància ha generat una situació de gran inseguretat en els mitjans de comunicació, que han optat per eliminar de manera sistemàtica la imatge i la identitat dels menors en les informacions per a protegir-se d'eventuals demandes per vulneració dels seus drets.

Aquesta situació, que no era la que es perseguia en promulgar la Llei orgànica 1/1996, s'ha solucionat amb la Instrucció 2/2006, de 15 de març, sobre el fiscal i la protecció del dret a l'honor, la intimitat i la pròpia imatge dels menors, que, més que establir nous criteris per a determinar un protocol d'actuació cor-recte en el tractament de la informació relativa als menors, aclareix la interpretació i la forma d'aplicació dels ja existents i dona solució a problemes concrets que apareixen freqüentment en la informació relativa a menors.

Per tal que pugui prevaler la llibertat d'informació cal que aquesta sigui d'interès públic⁹ i contribueixi a formar l'opinió pública,¹⁰ sense que pugui confondre's l'interès públic amb la curiositat aliena.¹¹ Es tracta d'evitar la difusió de

9. STC 231/1988, de 2 de desembre, STC 172/1990, de 5 de novembre, i STC 20/1992, de 14 de febrer.

10. STC 105/1990, de 6 de juny, i STC 185/2002, de 14 d'octubre.

11. STC 20/1992, de 14 de febrer, i STC 134/1999, de 15 de juliol.

tota aquella informació que és innecessària per a la formació de l'opinió pública i que perjudica el dret a l'honor, la intimitat i la pròpia imatge de determinades persones. Així, en relació amb la mort d'una menor, el Tribunal Suprem deia en la Sentència de 15 de juny de 1993 que no «se explica o justifica que la adició de tales aspectos relativos a su abandono del domicilio familiar por su preexistente estado de embarazo fuesen necesarios para completar aún más la noticia periodística del fallecimiento».

És per això que l'article 4.2 de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, diu que «la difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que pueden implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal [...]». La Llei orgànica 5/2000, de 12 de gener, de responsabilitat penal dels menors, diu en el seu article 35.2 que «el Juez podrá acordar, en interés de la persona imputada o de la víctima, que las sesiones no sean públicas y en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación». Per la seva banda, el Protocol facultatiu de la Convenció dels Drets del Nen, relatiu a la venda de nens, la prostitució infantil i la utilització de nens en la pornografia, celebrat a Nova York el 25 de maig de 2000 (BOE de 31 de gener de 2002), diu en el seu article 8.1e que els estats adoptaran les mesures necessàries en tots el seus processos per a «proteger debidamente la intimidad e identidad de los niños víctimas y adoptar medidas de conformidad con la legislación nacional para evitar la divulgación de información que pueda conducir a la identificación de esas víctimas». Per tant, qualsevol informació que pugui perjudicar el lliure desenvolupament de la personalitat o els drets fonamentals del menor, haurà d'evitar la identificació d'aquest. Si es tracta d'una informació d'interès general, es podrà informar sobre ella però prenent les precaucions necessàries per a evitar la identificació del menor, ja sigui amb la difusió de la seva imatge, nom, domicili, escola..., o qualsevol altra dada que, sola o en combinació amb d'altres, permeti esbrinar la identitat del menor. És a dir, el criteri de la no-identificació del menor permet trobar l'equilibri entre la llibertat d'informació i la protecció de l'interès del menor quan la informació d'interès públic perjudica l'interès del menor.

A més, la informació ha de ser veraç, cosa que, com és ben sabut, no equival a informació verdadera, sinó a l'especial deure de diligència en la comprovació dels fets de manera que sigui raonable pensar que la notícia és certa.¹² Així,

12. STC 15/1993, de 18 de gener, i STC 6/1988, de 21 de gener.

una notícia objectivament falsa pot quedar a l'empareda de l'article 20 CE si compleix el requisit de la veracitat. Ara bé, en relació amb informacions relatives a menors d'edat, el grau de diligència exigible és més elevat, ja que s'haurà d'actuar amb diligència no només en la comprovació dels fets, sinó en la comprovació que els fets siguin veraces i no perjudiquin l'interès del menor. En efecte, l'article 4.2 de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, estableix que serà il·legítim l'ús de la imatge o el nom del menor sempre que amb això es perjudiqui el seu interès, la seva honra o la seva reputació, això és, quan es vulnerin el lliure desenvolupament de la seva personalitat o els seus drets fonamentals. Quan una informació veraç sobre un menor perjudiqui el seu interès, s'haurà d'evitar la identificació del menor.

Per tant, als criteris de ponderació tradicionals entre la llibertat d'informació i els drets a l'honor, la intimitat i la pròpia imatge, s'hi han d'afegir els criteris de la no-identificació i el respecte al lliure desenvolupament de la personalitat i els drets fonamentals quan es tracti d'informació relativa a menors d'edat. Aquests criteris han estat ressaltats per la Instrucció 2/2006, de 15 de març, sobre el fiscal i la protecció del dret a l'honor, la intimitat i la pròpia imatge dels menors, que de manera molt gràfica diu: «Para armonizar el derecho a informar y los derechos del menor habrá de partirse de que estará justificada la difusión de información veraz y de interés público aunque afecte a un menor siempre que no sea contraria a sus intereses. También estará justificada la difusión de información veraz y de interés público pese a que afecte a un menor y aunque sea contraria a sus intereses siempre que se empleen los medios precisos para garantizar su anonimato. Es admisible ilustrar la noticia con imágenes, siempre que se utilicen medios técnicos que distorsionen los rasgos faciales. El derecho a la información puede preservarse con la adopción de las cautelas que en cada caso dicten las circunstancias, tales como no incluir el nombre ni la imagen del menor, o distorsionar el rostro de modo que sea imposible su identificación, o no aportar datos periféricos que puedan llevar a su identificación.»

Tanmateix, per a evitar que la incertesa sobre què perjudica l'interès del menor porti a eliminar les imatges d'aquests de manera sistemàtica o a utilitzar sempre mitjans tècnics que impedeixin la seva identificació, la Instrucció 2/2006, de 15 de març, sobre el fiscal i la protecció del dret a l'honor, la intimitat i la pròpia imatge dels menors, determina, per a una sèrie de casos concrets, un protocol d'actuació el seguiment del qual garanteix als mitjans de comunicació la no-intervenció del ministeri fiscal.

3.3.2. *Casos concrets*

a) *Imatges accessòries en actes infantils*

Es diu que «la Fiscalía no actuará de oficio ni apoyará la demanda de padres o tutores contra un medio que difunda imágenes de un menor cuando se trate de informaciones relativas al mundo infantil tales como inauguraciones del curso escolar, visitas de autoridades a centros infantiles, desfiles de moda infantil, estrenos de películas o presentaciones de libros para niños siempre que las propias circunstancias que rodean al programa o a la información excluyan el perjuicio para los intereses de los menores y en tanto la imagen aparezca como accesoria de la información principal». En realitat, aquest aclariment no és més que una aplicació de les lleis i dels criteris esmentats de protecció de menors. En efecte, ja l'article 8.2c de la Llei orgànica 1/1982, de 5 de maig, de protecció civil del dret a l'honor, a la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge, diu que no es reputarà intromissió il·legítima «la informació gràfica sobre un succejo o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria». Una imatge accessòria del menor seria, tanmateix, il·legítima si perjudicés el lliure desenvolupament de la seva personalitat o els seus drets fonamentals, segons el que es desprèn de l'article 4 de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, cosa que molt raonablement el ministeri fiscal presumeix que no es produeix en actes i esdeveniments de caràcter infantil. S'ha d'afegir que, si excepcionalment això succeís, s'hauria d'ocultar la identitat dels menors.

b) *Imatges accessòries no perjudicials*

El ministeri fiscal afirma en la mateixa línia que «no habrá de considerarse con carácter general antijurídica la difusión de imágenes de menores en lugares públicos, cuando aparezcan de manera casual o accesoria de la información principal», i afegeix: «(siempre que tales lugares o actos no presenten aspectos negativos cuya asociación con la imagen del menor pudiera reportarle a éste perjuicios)». És a dir, el ministeri públic estén, pels mateixos arguments assenyalats més amunt, la legitimitat de la intromissió a la imatge accessòria del menor en qualsevol esdeveniment no necessàriament infantil, sempre que aquest no perjudiqui l'interès del menor per vincular-lo amb aspectes negatius de la notícia. Si això passés, la imatge del menor no podria mostrar-se legítimament llevat que aquesta es distorsionés de manera adequada per a ocultar-ne la identitat.

c) Imatges perjudicials

S'ha d'afegir que, segons la Instrucció 2/2006, de 15 de març, sobre el fiscal i la protecció del dret a l'honor, la intimitat i la pròpia imatge dels menors, «la difusión de noticias veraces y de interés público que afecten a menores de edad y que pueda generarles un daño a su reputación, intimidación o intereses, estará amparada por el ordenamiento siempre que no sean éstos identificados». La diferència entre aquest cas i els anteriors és que aquí la intrmissió en la imatge no queda legitimada per l'accessorietat d'aquesta, ja que es tracta d'informacions que afecten de manera principal el menor. Si es tractés d'informacions relatives a adults, la legitimitat de la informació i la prevalença de la llibertat d'informació per sobre dels drets a l'honor, la intimitat i la imatge, tindrien el seu origen en l'interès públic i la veracitat de la informació. En el supòsit de notícies relatives a menors, ja ha quedat exposat que no n'hi ha prou amb els criteris establerts pel Tribunal Constitucional, els quals s'han de completar amb les disposicions de l'article 4 de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, això és, amb la no-vulneració de l'interès del menor i la no-identificació del menor. I per això el ministeri fiscal afirma que qualsevol informació negativa que afecti de manera principal el menor haurà de comportar l'ocultació de la seva identitat encara que la informació sigui veraç i d'interès general. Entenem, *a contrario sensu* i en aplicació dels criteris de protecció del menor, que, quan una informació sigui d'interès general i compleixi el requisit de la veracitat, podrà difondre's legítimament sense necessitat d'ocultar la identitat del menor, sempre que no vulneri el seu interès.

El ministeri fiscal exemplifica la informació veraç i d'interès públic que afecta el menor de manera negativa i que, per tant, fa necessari ocultar la seva identitat, amb el tractament informatiu de menors víctimes de delictes, especialment quan es tracta de delictes que afecten la llibertat sexual dels menors. Un criteri similar, creiem, s'ha de seguir davant de menors acusats de cometre delictes.

En realitat, la jurisprudència del Tribunal Suprem ja seguia clarament aquest criteri. Així, la STS 717/2004, de 7 de juliol, considera il·legítima la difusió de la imatge d'una menor maltractada mentre era a l'hospital, malgrat existir interès públic en la notícia, ja que «existen procedimientos técnicos para evitar la identificación de la interesada, a los cuales no se recurrió en el supuesto de autos, pudiendo haberlo hecho». Així mateix, la STS 631/2004, de 28 de juny, considera il·legítima la intrmissió en la imatge i la intimitat d'un menor que havia assassinat la seva germana, perquè, si bé la notícia era veraç i d'interès públic, no era necessària la seva identificació. I en un sentit similar es pronuncien

la STS 704/2004, de 30 de juny, la SAP de Madrid 67/2005, d'11 de febrer, i la SAP de Cadis 43/2004, de 28 d'abril.

d) Menors amb notorietat pública o fills de personatges amb notorietat pública

La Instrucció 2/2006, de 15 de març, sobre el fiscal i la protecció del dret a l'honor, la intimitat i la pròpia imatge dels menors, dedica un epígraf específic als menors i progenitors amb notorietat pública. Entenem aplicable als menors l'article 8.2a de la Llei orgànica 1/1982, de 5 de maig, de protecció civil del dret a l'honor, a la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge, segons el qual són legítimes les imatges captades, reproduïdes o publicades per qualsevol mitjà «cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público». En relació amb el menor, això se circumscriu bàsicament a aquells menors que participen en espectacles públics com ara sèries de televisió, cinema, publicitat, moda, etc.

Tanmateix, al marge que la causa de legitimació no afecta els actes relatius a persones amb notorietat pública aliens a la seva professió, creiem que en relació amb els menors s'ha de matisar aquesta causa de justificació de la difusió de la imatge partint del criteri de l'interès del menor. Així, per exemple, la difusió de la imatge d'un menor consumint drogues o en estat d'embriaguesa en un acte públic relacionat amb l'estrena d'una pel·lícula, no trobaria empara en l'article 8.2a de la Llei orgànica 1/1982, de 5 de maig, de protecció civil del dret a l'honor, a la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge.

Més interès presenta, perquè segurament va ser una de les circumstàncies que va portar el legislador i la Fiscalia a prendre mesures per a la major protecció dels menors en els mitjans de comunicació, el supòsit dels fills de progenitors amb notorietat pública. En aquest sentit, la Instrucció 2/2006, de 15 de març, sobre el fiscal i la protecció del dret a l'honor, la intimitat i la pròpia imatge dels menors, recorda que la notorietat afecta els pares, però no els menors, per la qual cosa «los supuestos de reproducción de imágenes de menores cuando van acompañados de sus progenitores-personajes públicos deben contar para que sean ajustados a Derecho con el consentimiento de éstos o del menor maduro, siempre que no sean contrarias a sus intereses. En caso de difundirse tales imágenes sin ningún tipo de consentimiento y sin emplear mecanismos de distorsión de la imagen, podrán, previa ponderación de las circunstancias concurrentes, ejercitarse las correspondientes acciones civiles».

Aquestes afirmacions s'han d'emmarcar dins l'àmbit de les informacions circumscrites a l'anomenada *premsa rosa*. En efecte, les imatges dels fills menors

d'edat de personatges famosos per al mercadeig de la seva intimitat hauran de tenir el consentiment del menor o dels seus representants i no podran ser contràries al seu interès. És aquí on cobra major sentit la intervenció del ministeri fiscal: en aquells casos en els quals, malgrat l'existència del consentiment dels pares, la difusió de la imatge del menor és perjudicial per al lliure desenvolupament de la seva personalitat, per l'evident utilització del menor que fan els pares famosos per tal d'incrementar el valor de la seva imatge. De la Instrucció 2/2006, de 15 de març, sobre el fiscal i la protecció del dret a l'honor, la intimitat i la pròpia imatge dels menors, sembla deduir-se que en aquests casos el ministeri fiscal serà especialment acurat i estricte en l'adopció de mesures de protecció del menor encara que consti el consentiment d'aquest o dels seus representants. Aquesta previsió no és més que l'aplicació de l'article 4.3 de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, però l'atenció especial que dedica a aquest cas la Instrucció 2/2006, de 15 de març, sobre el fiscal i la protecció del dret a l'honor, la intimitat i la pròpia imatge dels menors, fa concloure que la Fiscalia considera que en el cas de fills de personatges famosos hi ha un major risc de perjudici del menor malgrat que s'hagin consentit la captació i la difusió de la seva imatge. De fet, la jurisprudència ja era especialment rigorosa en l'aplicació de mesures de protecció de menors en aquests casos. Així, es considera il·legítima la intromissió en la imatge d'aquests menors, per tal com la notorietat pública és dels seus pares, i no d'ells, en la STS 782/2004, de 12 de juliol, la STS 798/2004, de 15 de juliol, la SAP de Madrid 379/2005, de 17 juny, i la SAP de Madrid 210/2005, de 19 d'abril.

En qualsevol cas, mereix una atenció especial la referència de la Instrucció 2/2006, de 15 de març, sobre el fiscal i la protecció del dret a l'honor, la intimitat i la pròpia imatge dels menors, a la manera en què s'han captat les imatges. L'article 7.5 de la Llei orgànica 1/1982, de 5 de maig, de protecció civil del dret a l'honor, a la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge, diu que serà il·legítima la «captació, reproducció o publicació» de determinades imatges, i no solament la difusió, com es tendeix a simplificar. Això cobra un sentit especial en relació amb el menor relacionat amb personatges amb notorietat pública, respecte dels quals la pressió mediàtica porta a obtenir imatges a qualsevol preu (persecucions automobilístiques, persecució i assetjament per un grup de periodistes...). En efecte, és possible que s'oculti la identitat del menor quan es difonguin imatges en les quals aquest apareix, però que la captació d'aquestes imatges s'hagi aconseguit mitjançant actes perjudicials per al menor, per la qual cosa la captació de la imatge, no la difusió, és contrària a l'interès del menor i, per tant, perseguible pel ministeri fiscal. Així, en paraules de la Instrucció 2/2006, de 15 de març, sobre el fiscal i la protecció del dret a l'honor, la intimitat i la pròpia

imatge dels menors, «en ocasiones la previa operación de captación de la imagen del menor ya de por sí supone un antijurídico atentado a su intimidad, aunque la imagen captada no llegue a reproducirse o publicarse y aunque consiguientemente no se produzca la consumación de la lesión al derecho a la propia imagen. El acoso, abordaje, seguimiento por reporteros, fotógrafos o cámaras del personaje famoso cuando el mismo está acompañado de sus hijos menores y en ámbitos de la vida privada (traslados al colegio, a actividades recreativas, paseos privados, asistencias a parques infantiles, etc.) puede ser en sí gravemente lesivo para los mismos y, por tanto, puede requerir del ejercicio de acciones por parte del Ministerio Fiscal en defensa de la intimidad del menor».

El mateix caldria dir en relació amb el menor d'edat amb notorietat pública, «de modo que en ningún caso quedarían justificadas actividades de captación de la imagen que pudieran perturbar el decurso de la vida cotidiana del menor en ámbitos alejados de su dimensión pública o cuando vinieran acompañados de actos de acoso, o seguimiento desproporcionado. De nuevo en estos supuestos, aunque no sufra el derecho a la propia imagen, puede ser gravemente dañado el derecho del menor a que se respete su intimidad».