TESIS DOCTORAL

EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA: UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Doctorando: Fernando M. Garrido Polonio

Director de Tesis: **D. Francisco Javier Díaz Revorio**
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha

Doctorado en Derecho

Interpretación de los derechos y libertades constitucionales

UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA

Toledo, a 26 de noviembre de 2015

EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA: UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

I.- INTRODUCCION 5

1.- Aspectos metodológicos 5
2.- La imagen como concepto 9

II.- LA PROPIA IMAGEN EN EL MARCO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD 15

1.- Origen histórico del derecho a la propia imagen 15
2.- Su reconocimiento inicial 24
3.- Los derechos de la personalidad en el mundo 29
3.1.- derecho internacional 29
3.2.- Derecho comparado 32
a.- Europa continental 32
a.1.- Alemania. 33
a.2.- Italia. 36
a.3.- Francia. 36
a.4.- Portugal. 38
a.5. Austria. 39
b.- Mundo anglosajón 40
c.- Iberoamérica. 44
c.1.- Argentina. 44
c.2.- Chile. 46
c.3.- Brasil. 46
c.4.- Perú. 47
c.5.- Ecuador. 47
c.6.- Colombia. 48
c.7.- Bolivia. 49
c.8.- México 50

4.- Los derechos de la personalidad en España: panorama general 51

III.- EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN ¿UN DERECHO AUTONOMO? 55

1.- Introducción.....55
2.- La regulación del derecho a la propia imagen en España como derecho autónomo 57
3.- Bien protegido 63
4.- Vertientes positiva y negativa del derecho 64
5.- Aspecto personal y patrimonial de la imagen.....66
6.- La reparación del daño moral.....70

IV.- TITULARIDAD DEL DERECHO: SUJETOS PROTEGIDOS 73

1.- Las personas físicas 73
2.- El nasciturus.....73
3.- Menores de edad 76
3.1 Delimitación 76
3.2 Su representación.....77
3.3 El consentimiento 81
3.4 Su especial protección.....82
3.5 Menores famosos o hijos de famosos 93
4.- Fallecidos 96
5.- Personas jurídicas.....101

V.- CONTENIDO Y DELIMITACION DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN 104

1.- Introducción.....104
2.- Contenido esencial.....106
3.- Derecho a la propia imagen versus art. 20 CE.....111
3.1 La veracidad de la información 117
3.2.- El reportaje neutral 120

3.3.- La adecuada ponderación 123
3.4.- Criterio de proporcionalidad 133
4.- Causas de justificación en la intromisión 135
4.1.- Actuaciones consentidas por la autoridad 136
4.2.- Interés histórico, científico o cultural 137
a. interés histórico 137
b. interés científico 138
c. interés cultural relevante 140
4.3. Interés público 141
4.4 Persona pública y personaje notorio o de proyección pública 147
a- Persona pública 148
b- Personaje notorio o de proyección pública 149
b.1 *Caso Isabel Preysler* 153
b.2 *Caso Telma Ortiz* 157
b.3 *Caso Marta Chávarri* 167
b.4 *Caso Juan Ramón de Lucas* 167
b.5 *Caso Isabel Pantoja* 170
4.5.- Personaje de interés general circunstancial 171
4.6.- Acto público y lugar público 175
4.7.- La accesoriedad de la imagen 181
5.- Pseudoimágenes 184
5.1.- *Los retratos robots* 185
5.2- *La caricatura* 187
5.3.- *Los dobles* 196
5.4.- *Los imitadores* 197
5.5.- Otras figuras: uso de *tics, voz o nombre* 203
5.6 La recognoscibilidad de la imagen 207
6.- Otros conflictos: el derecho a la propia imagen en el ámbito de las relaciones laborales 211

VI.- EL DERECHO A LA IMAGEN Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS 217

1.- Introducción 217

2.- La Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico (LSSI) 226
3.- Derecho al olvido 228
4.- La nueva Ley de Seguridad Ciudadana 257

VII.- CONCLUSIONES 260

1.- Introducción 260
2.- Cambio de criterio sobre preferencia de valores 270
3.- Concreción de criterios generales 276
3.1.- valoración adecuada de la persona. 276
3.2.- concreción de la libertad que se ejerce. 277
3.3.- auténtico interés general. 277
3.4.- información veraz. 279
4.- Concreciones en relación al art. 8 de la Ley 1/1982 281
4.1.- interés histórico, cultural o científico. 281
4.2.- Criterio del "interés público". 284
4.3.- Persona pública y lugar público 285
4.4.- Acto oficial o acto público 287
4.5.- Accesoriedad de la imagen 288
5.- Otras medidas 288
6.- Indicación en medios virtuales: Internet 290

VIII.- BIBLIOGRAFIA 299

I.- INTRODUCCION

1.- Aspectos metodológicos

Este trabajo tiene como objetivo analizar la configuración y el reconocimiento actual del derecho a la propia imagen reconocido en el art. 18.1 de la Constitución española, a través fundamentalmente de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y Sentencias del Tribunal Constitucional.

Nuestro interés por el derecho a la propia imagen en particular y por los derechos de la personalidad en general, deviene de la visión que tenemos del ser humano como principio, centro y fin de todas nuestras actividades.

En ese sentido, no contemplamos el Derecho únicamente desde una perspectiva meramente técnica sino que, desde nuestro punto de vista, creemos firmemente que detrás de cada norma subyace una visión antropológica. El Derecho no es un fin en sí mismo, es un instrumento que sirve para organizar la sociedad y guiar la acción de los sujetos que la componen hacia el fin que les da sentido y constituye su identidad: la Justicia.

El Derecho regula las relaciones humanas y por tanto afecta directamente a la persona, y ello nos obliga, a nuestro entender, a conocer la realidad del hombre y de uno mismo. Por ello, creemos que desde la elaboración, pasando por la interpretación y la aplicación de la norma jurídica, se debe proteger siempre la dignidad de la persona.

La Ley Orgánica 1/1982 de defensa del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen fue uno de los primeros proyectos legales que el Gobierno nacido después de la Constitución española envió al Congreso para su aprobación -todavía no había transcurrido un año de

la vigencia de nuestra Carta Magna-, y por tanto resulta ser una de las primeras normas emanadas de los principios Constitucionales para la protección de la dignidad de la persona, de ahí nuestro interés por tratar de ofrecer una visión actual, ciertamente particular, de este derecho constitucional que fue desarrollado legalmente en unas circunstancias políticas y sociales tan sumamente diferentes a las actuales.

Siguiendo el principio de que el análisis sobre la vigencia y eficacia de una norma se obtiene considerando el contexto histórico en el que se analiza la misma, se hace necesario conocer la realidad social actual y para ello forzosamente hay que analizar el escenario cambiante y en muchas ocasiones trasgresor del fenómeno de la información que hoy se vive en la sociedad del siglo XXI; un mundo en el que la técnica y sus sistemas de desarrollo –hablamos fundamentalmente del fenómeno de Internet y las redes sociales-, nos han convertido a todas las personas en productores y divulgadores de información, pasando de lo público a lo privado sin tener claro cuáles son los límites entre uno y otro. Como diría González Gaitano *más bien parece que no somos capaces de diferenciar entre lo que el público tiene derecho a saber de mí y lo que yo tengo derecho a conservar para mí mismo. En definitiva, a concretar de manera clara qué es lo público o de interés público y qué es lo privado*.[1]

El derecho a la propia imagen, como los demás derechos de la personalidad, han sido objeto de estudio relevante a lo largo de los últimos cincuenta años, sin embargo, después de ese medio siglo de análisis creemos que se ha avanzado poco en cuanto a determinar la naturaleza y alcance de estos derechos, y sobre todo, a garantizar eficazmente su defensa frente a los medios y modos casi perennes de injerencias.

[1] GONZALEZ GAITANO, Norberto, *El deber de respeto a la intimidad*, Ed. Eunsa, Pamplona, 1990, página 31.

A esa situación ha colaborado de manera fatalmente vigorosa la efectividad de la llamada globalización pero también y de modo muy notorio, la calidad de la información que se ofrece en determinados medios de comunicación, que han hecho caer en picado la protección de los derechos de la personalidad como consecuencia de la insaciable lucha por la audiencia, o en el caso de la prensa escrita, por los lectores.

Como resultado de estos procesos de intercomunicación globalizada y de comercialización, los índices de consumo se han erigido en valor supremo para juzgar el éxito de un sistema, un medio o un procedimiento de transmisión de datos o información a través de cualquier soporte y, en su deriva, para determinar qué es lo público y qué lo privado o qué es de interés general y qué es lo particular. Y ello es así porque el mercado busca satisfacer los deseos elementales de los consumidores, que no siempre coinciden con sus auténticas necesidades como ciudadanos. Dicho de otra forma, desde el punto de vista de su salud cultural y a veces incluso mental *lo que el espectador consume no es siempre lo que le conviene consumir*[2]. Y en muchas ocasiones consume solo lo que se le ofrece, que suele ser lo que más beneficio económico reporta al medio pues evidentemente las decisiones de los medios de comunicación están dominadas por la lógica economicista a la que se somete por completo el ámbito decisorio, buscando contenidos capaces de atraer a grandes audiencias pero cuyo coste de producción no sea excesivamente elevado. Es decir, programas baratos para mucho público.

En definitiva, nos enfrentamos a dos fenómenos sociales de inmensa influencia cuyos límites parecen apartarse cada vez más: Internet y

[2] LEÓN ANGUIANO, Bienvenido, *Transformar la televisión. Otra televisión es posible*, Ed. Comunicación social, ediciones y publicaciones, 1ª edición, Sevilla, 2008, pág. 13.

medios de comunicación. Internet porque ha conseguido, como decíamos antes, que todos seamos trasmisores de información: basta pulsar cualquiera de los incontables y sofisticados medios técnicos de reproducción del sonido, la voz o la imagen que en todo momento nos acompaña en los bolsillos para que esa imagen o sonido sean divulgados instantáneamente para toda la humanidad; y en el caso de los medios de comunicación porque el fenómeno de la información –sobre todo de la llamada *rosa* o *del corazón*-, es el caldo de cultivo donde las intromisiones en el espacio de los derechos de la personalidad y explícitamente en el del derecho a la propia imagen encuentra su mejor apuesta. Amargo es reconocerlo, pero esos espacios se sustentan muchas veces en prácticas contrarias a la ética, como la mentira, el engaño, el soborno, la manipulación o la tergiversación *y no importa que sea verdad o mentira lo que se cuenta con tal de que sea llamativo o jugoso*[3].

De hecho, la mayor parte de las infracciones, si no la totalidad, se cometen en ese ámbito; y en España se han alcanzado unas cotas tan altas que incluso fuera de nuestras fronteras ese fenómeno ha llamado poderosamente la atención hasta tal punto que el diario británico *The Times* llegó a decir que las televisiones españolas *habían construido su particular mina de oro a partir del morbo y del sensacionalismo*[4].

Este proceso de infracción progresiva de los derechos de la personalidad es el que, desde nuestro punto de vista, vivimos en la actualidad. Un proceso que camina por una débil línea: la que separa, por un lado, el derecho a la información y la libertad de expresión; y por otro, los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen.

[3] LEON ANGUIANO, Bienvenido, *Transformar la televisión*…. opus. cit., pág. 14.
[4] KEELY, Graham. *Turning rubbish into a television goldmine*. *The Times*, 23 de mayo 2006.URL http//business.timensonline.co.uk/tol/industry_sectors/media/article723725.ece. Fecha de consulta: 15 de enero de 2013, 17:30 h

Para evitar el deterioro es necesario tomar medidas de protección (especialmente para la defensa de los grupos sociales más frágiles, como la infancia o la adolescencia) pero, desde nuestro punto de vista, la legislación no solo no está completamente desarrollada sino que en muchos aspectos está obsoleta y por ello se hace necesaria una readaptación del sistema jurídico en el ámbito que concierne al derecho a la propia imagen.

Con ese fin, hemos analizado el derecho a la propia imagen –que consideramos como un derecho absolutamente autónomo y distinto al resto de derechos de la personalidad-, desde su perspectiva constitucional pero también jurídica, y hemos utilizado como fuentes básicas la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las numerosas Sentencias del Tribunal Constitucional, examinando y comparando pormenorizadamente los casos concretos porque el concepto del derecho a la propia imagen se construye desde la jurisprudencia pero se desarrolla desde la casuística.

2.- La imagen como concepto

La imagen es la representación de algo o alguien, es descripción, aspecto, forma, reproducción o semejanza y puede constituirse a través de múltiples maneras y mecanismos, tales como símbolos, figuras, estatuas, ilustraciones, fotografías, fotogramas en movimiento y muchos más.

Todos ellos son elementos que hoy día pueden transmitirse, proyectarse y/o distribuirse prácticamente de manera inmediata por y para toda la humanidad, de tal modo que una de las cualidades definitorias del ser humano, esto es, su apariencia física, puede ser conocida por cualquier persona de una forma tan rápida como lo pueda ser la propia captación de la imagen.

Esa universalidad de la imagen implica transcendencia y afectación, por ello ningún aspecto de la sociedad ha permanecido ni puede permanecer ajeno a la imagen.

En ese sentido, las imágenes han influido e influyen en todos los ámbitos de la vida hasta límites insospechados: políticos, sociales, éticos, religiosos, económicos... Las imágenes han servido secularmente para recordar y amar; han sido símbolo de libertad y vida, modernidad y progreso, pero también han sido insignia de opresión y muerte. Las imágenes se han utilizado para unir y para dividir; han sido causa de cismas religiosos; han dirigido sublevaciones sociales; han representado el final de regímenes políticos o de Gobiernos; y, sobre todo, en lo que a las imágenes fotográficas se refiere, han sido y son emblema de certeza y convicción. No en vano, las fotografías son una imitación automática y natural de la realidad al constituir una perfecta reproducción de la persona pues están configuradas precisamente por signos idénticos al sujeto representado, sus propios signos, hasta el punto de que, a veces, se confunden ambos conceptos: persona e imagen.

Este paralelismo nos permite, más bien nos obliga, a interpretar el mensaje contenido en la imagen muchas veces en el sentido propuesto por el fotógrafo, descubriendo y a veces desentrañando así a la persona. Por ello, las imágenes no son sólo símbolos o representación de algo o de alguien sino que también pueden ir más allá del mero reflejo físico para ser -como decimos-, origen de cambios y transformaciones, muchas veces a propuesta del sujeto emisor.

Son míticas las imágenes del legendario líder de la revolución cubana Ernesto Guevara, *el Che*, capitaneando como icono revolucionario multitud de manifestaciones populares a lo largo del tiempo y por distintos lugares de nuestro planeta. Representaciones que han pasado a la historia como símbolo de un valor, una idea o un concepto de vida combativa. Del mismo tenor son, por ejemplo, las imágenes del líder

nacionalista-religioso Mahatma Gandhi[5], que propugnó la resistencia no violenta frente al dominio británico de la India, cuya figura es signo de paz. O las de la madre Teresa de Calcuta[6], monja católica cuya imagen simboliza para muchos la entrega a los demás.

Incluso a veces son tan poderosas las imágenes que pueden llegar a perturbar el orden político y social.

En ese sentido, a nadie se le escapa el coste político que al Gobierno de Aznar le supuso la conocida *fotografía de las Azores*[7], o la turbación y oleada de críticas a las que tuvo que enfrentarse el Presidente Norteamericano Barak Obama por el comportamiento, para algunos inapropiado, que mantuvo junto a la Primera Ministra de Dinamarca, Thorning Schmidt, en diciembre de 2013 en el estadio de Johannesburgo durante el funeral celebrado por el fallecimiento de quien fuera Presidente Sudafricano, Nelson Mandela, ante la mirada atónita de la esposa del primero; momentos que saltaron a la palestra pública precisamente por culpa de unas inoportunas fotografías que fueron publicadas en numerosos medios de comunicación y que dieron la vuelta al mundo. También podemos recordar el revuelo mediático y judicial que causaron las imágenes de la Infanta Cristina captadas durante su comparecencia ante el Juzgado de Instrucción nº 3 de Palma de Mallorca, por el llamado caso Noos[8], cuya grabación había sido expresamente prohibida por el Juez instructor D. José Castro, a pesar de lo cual fueron publicadas en prensa el 9 de febrero de 2014, motivando que el propio Juez ordenara a

[5] Nominado en cinco ocasiones para el Premio Nobel de la Paz.
[6] Fundadora de la Congregación *Misioneras de la Caridad* para ayudar a los marginados de la sociedad y Premio Nobel de la Paz en 1979
[7] Fotografía tomada al Presidente de los EEUU (George W. Bush), junto al Primer Ministro británico (Tony Blair), de Portugal (Durao Barroso), y del entonces Gobierno de España (José Mª Aznar), en la llamada "Cumbre de las Azores" durante la reunión que en marzo de 2003 mantuvieron dichos mandatarios políticos en los días previos a la invasión de Irak.
[8] También conocido como *caso Urdangarín* (apellido del esposo de la Infanta) sobre una presunta malversación, fraude fiscal y blanqueo de capitales, destapados en el año 2010 como derivación del llamado *caso Palma Arena* sobre corrupción política en la que se vio implicado el que fuera presidente del *Govern* balear Jaume Matas.

la Policía la investigación sobre el origen de las imágenes, con apertura de diligencias previas por la filtración.

Todos estos casos nos indican hasta dónde pueden llegar los efectos de una imagen; consecuencias que aún podrían ser mucho más comprometidas o perniciosas si la propia imagen de la persona, pongamos por caso, fuera transformada o manipulada interesada y convenientemente sin consentimiento previo del sujeto.

Como vemos, pues, en este ámbito de la imagen y particularmente su proceso de captación y divulgación a través de los numerosos medios de comunicación -con anuencia o sin ella del sujeto representado-, la transmisión de las fotografías juega un rol importante en la medida en que las imágenes se desenvuelven como marcos de referencia a través de los cuales la sociedad orienta sus opiniones, convicciones o, incluso, sus acciones.

Por todo ello, la reproducción de la figura humana puede ser objeto de relevantes y significativas cuestiones, incluyendo algunas tan trascendentales como los propios derechos de la persona fotografiada o reproducida que, a través de diferentes medios o formas, pueden verse afectados de forma grave.

Sobre la base de estos antecedentes ¿Cómo podríamos establecer un concepto de imagen?.

Evidentemente hay conceptos extensos que relacionan la imagen con objetos, cosas o símbolos -inclusive nacionales-, pudiendo así hablar por ejemplo, de imagen corporativa, de empresa, estatal, institucional, etc…Y en ese sentido, para la Real Academia de la Lengua Española, la imagen (del latín *imago, -inis*), es *figura, representación, semejanza y apariencia de algo,* y puede definirse como representación visual que manifiesta la apariencia externa de una persona o un objeto real o

imaginario. Pero no sólo cabe hablar de imagen como representación visual sino que hoy también la admitimos como concepto creado por otros tipos de percepciones, tales como la auditiva, olfativa, táctil, mental o, incluso, extrasensorial.

En todo caso, y en lo que aquí nos interesa, hablaremos de imagen de la persona como representación o fisonomía que el ser humano tiene como individuo frente a sí mismo y a los demás, que es algo que no debemos confundir con lo que podríamos llamar *imagen pública*, entendida como conjunto de rasgos o percepciones que caracterizan ante la sociedad a una determinada persona o entidad. La primera sería una imagen externa u objetiva; la segunda, interna o subjetiva.

La noción externa de imagen es la que el Tribunal Supremo nos ofrece en su Sentencia de la Sala Primera, de 11 de abril de 1987, al señalar:

> *La imagen es la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción*; y, en sentido jurídico, *la facultad exclusiva del interesado a difundir o publicar su propia imagen y, por ende, el derecho a evitar su reproducción*.

Tal noción es completada, a su vez, por sentencia del alto Tribunal, de 29 de marzo de 1988, al señalar:

> *Aunque por imagen se entiende la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa, a efectos de la Ley Orgánica 1/1982 la imagen es la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción, y en tal sentido puede incidir en la*

> *esfera de un derecho de la personalidad de imponderable valor para el sujeto y la sociedad en que se desenvuelve, incluso en su proyección frente a sujetos desconocidos*[9].

Posteriormente, el mismo Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de marzo de 2003, completará la definición al añadir una particularidad más al enunciado anterior y señalar que el derecho a la propia imagen se refiere a la representación gráfica de la figura humana, visible y *recognoscible*; característica esta última de la que, específicamente, nos ocuparemos más adelante.

[9] En igual sentido STS de 13 de noviembre de 1989

II.- LA PROPIA IMAGEN EN EL MARCO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

1.- Origen histórico del derecho a la propia imagen

Históricamente, el llamado *ius imaginis* romano es la institución precursora del derecho a la imagen. En él hallamos la primera noción del derecho a la imagen como parte del derecho público. Su práctica consistía en la realización por parte de las familias patricias de una máscara del antepasado fallecido para poder exhibirla en el atrio de los palacios y llevarla durante los cortejos públicos, siempre que el desaparecido hubiere desempeñado magistraturas *curules*[10].

Esta práctica, que se reservaba sólo para quienes hubieran demostrado su valor al servicio del Estado -y por tanto estaba prohibida respecto de las personas que no hubieran ocupado cargos públicos-, suponía en cierto modo el derecho, mejor dicho el privilegio, a quedar inmortalizado. Y nada mejor ni más real que hacerlo a través de una imagen como representación externa de la persona.

De dicha costumbre derivarían los dos conceptos que los romanos tuvieron en esta materia y a los que Juan Espinoza Espinoza se refiere como Derecho a la propia imagen *en vida* de la persona y Derecho a la imagen *post morten*[11].

Esta doble concepción del derecho a la imagen presuponía, para el caso del vivo, el asentimiento del propio representado; y para el fallecido, el de sus causahabientes. Es decir, se indicaba la exigencia de un primer requisito sustancial: el consentimiento.

---

[10] Los magistrados desempeñaban funciones relacionadas con la administración y dirección política de la Ciudad y se denominaban *curules* a los que tenían el privilegio de sentarse en la *silla curul* (un banco plegadizo hecho en marfil).

[11] ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de las personas.* Ed. Huallaga (Lima), edición 3º, 2001, pág. 246-247.

Pero si el ius imaginis fue el precedente del actual derecho fundamental a la propia imagen, sus raíces se remontan todavía mucho más atrás en el tiempo. Hablamos de los propios cimientos de la humanidad.

Efectivamente, la imagen de la persona en cuanto representación de su aspecto o carácter físico ha tenido un tratamiento especial desde los inicios de los tiempos. Así, las culturas egipcia y griega venían reproduciendo en imágenes los rostros y figuras de sus reyes y personalidades en la creencia de que conservando su fisonomía se conservaba su personalidad, algo que probablemente en períodos muy anteriores había llevado a los hombres de la pre-historia a reproducir en sus pinturas rupestres las figuras humanas y sus modos de vida.

Incluso en el período veterotestamentario la imagen tenía tal consideración y efectos que llegó a decretarse un canon, quizás el primero en la historia relativo a la reproducción de lo visible, que establecía:

> *"No te harás escultura ni imagen alguna, ni de lo que hay arriba en los cielos, ni de lo que hay abajo en la tierra, ni de lo que hay en las aguas debajo de la tierra"*[12].

Esto ha sido así, sin duda, porque el sentimiento de la personalidad a través de la imagen se ha venido reputando como socialmente valioso por las diversas colectividades humanas, llegándose a constituir en algún caso –de ahí la norma del Antiguo Testamento-, como valor moral.

[12] Éxod. 20, 4-5

Siglos después, durante el período medieval español, en textos como el *Liber Iudiciorum*[13], *el Fuero Real*[14] o *el Libro de las Siete Partidas*[15], también hallamos ese sentimiento de la defensa de la personalidad a través de la imposición de sanciones frente a los ataques a la integridad física y moral de las personas.

De hecho, en el Libro de las Siete Partidas, concretamente en la Ley 39 del Título 28 de la Partida Tercera "*De la Justicia, de cómo se ha de hacer ordenadamente en todo lugar por la palabra de juicio y por obra de hecho*", se hace una mención expresa a la reproducción de la imagen, si bien para reconocer la propiedad del dueño de la tabla o viga sobre la que se pinta *si es que no hubo mala fe*[16].

En este periodo medieval y dentro del ámbito personal al que nos referimos, además del derecho a la vida mediante la defensa de la integridad física o moral también surgirá lo que posteriormente conoceremos como *el derecho a la tranquilidad*, o mejor dicho, al aislamiento, entendiendo por tal el privilegio al sosiego y la calma; eso sí, referido a las altas esferas de la nobleza o de quienes por libre elección o necesidad renunciaran a la vida comunitaria[17].

---

[13] El *Liber Iudiciorum* (o *Lex Visigothorum*) dispuesto por el rey visigodo Recesvinto y promulgado hacia el año 654, fue un cuerpo de leyes de carácter territorial.

[14] Otorgado por Alfonso X durante su reinado (1252-1284), concretamente en marzo de 1255, a los vecinos de Aguilar de Campoo; extendido posteriormente a otras localidades castellanas.

[15] Fue un cuerpo normativo de la Corona de Castilla, redactado también durante el reinado de Alfonso X, cuyo propósito era conseguir una cierta uniformidad jurídica del Reino. Es uno de los legados más importantes de Castilla a la historia del Derecho.

[16] "*Pintado algún hombre en tabla o en viga ajena alguna imagen de otra cosa cualquiera, si hubo buena fe pintándola, cuidando que aquello en que la pintaba, que era suyo y que lo podía hacer con derecho, entonces el pintor gana el señorío de la tabla o de la cosa en que la pinta, y es suya tanto como aquello que pinta allí, pero tiene que dar a aquel cuya era la tabla tanto cuanto valiere por ella. Mas si hubo mala fe pintándola, sabiendo que era ajena aquella cosa en que la pintaba para sí, entonces pierde la pintura y debe ser de aquel cuya era la cosa en que la pintó; y semeja que pues que él sabía que la tabla era ajena, que quería dar a aquel cuya era aquello que pintaba allí*".

[17] PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Ed. Tecnos, Madrid, 1991, pág. 317.

Ese derecho a la tranquilidad tendrá su reflejo en el siglo XIV a través del reconocimiento de la "responsabilidad por agresión y difamación"[18], que hunde sus raíces históricas en el derecho romano al tratar como delito contra la persona la *iniuria*, que comprendía tanto el daño físico (*in re*) como el moral (*contumelia*) o el verbal (*verbis*).

La culminación de este recorrido llegará en la edad contemporánea con la aproximación a la idea moderna sobre los derechos humanos: si los sentimientos de un hombre son lesionados, si la persona se siente humillada, ello constituirá una violación a sus derechos naturales.

Pero no será hasta el siglo XVI cuando el respeto a la persona como valor fundamental alcance una trascendencia evidente. Será el periodo humanista caracterizado por la exaltación de la *dignitas homini*[19].

Precisamente uno de los primeros procesos por la defensa del derecho al respeto personal data de 1566. Fue el llamado *caso Joannes Graphaeus*[20], impresor de Amberes que fue citado junto a otros colegas para que identificara al artífice de un libelo clandestino.

Sin embargo, la concepción de valores tales como la intimidad y la imagen no llegará hasta la época victoriana, en la Inglaterra del siglo XIX, período en el que, guardando una estrecha vinculación con el código puritano de la época, la intimidad y la imagen se concebirán no sólo como un derecho sino también, y sobre todo, como un deber: el deber de ocultar determinadas partes del cuerpo humano. La intimidad no debe ser expuesta al mundo exterior.

---

[18] ESPINOSA ESPINOSA, Juan., *Derecho de…* opus cit. pág. 253.
[19] BAÑEGIL ESPINOSA, Miguel A., *Los Derechos de la personalidad, Instituciones de Derecho Privado*, Tomo I, Volumen 2º. Ed. Thomson-Civitas, 2003, págs. 314-319
[20] AZURMENDI ADARRAGA, Ana, *La despenalización de las intromisiones en los derechos al honor, a la intimidad familiar y personal y a la propia imagen.* Ed. Civitas, 1998, págs.315-316.

No obstante, aunque efectivamente vinieran protegiéndose los bienes que constituían el objeto de los derechos la personalidad, tal y como venimos viendo, no será hasta la segunda mitad del Siglo XIX[21] cuando podemos hablar en puridad de la existencia de un reconocimiento jurídico de los mismos.

Sin embargo, la cuestión no adquirirá una extraordinaria importancia hasta la aparición de la fotografía en 1829 -inventada por Niepce y perfeccionada por Daguerre en 1839[22]-, que supondrá el surgimiento de un conjunto de normas cuyo objetivo será brindar una apropiada respuesta jurídica a la captación de la imagen que el nuevo invento técnico facilitaba. Y aunque, evidentemente, la invención de la fotografía no supuso la llegada del único cauce capaz de reproducir la imagen de una persona -antes ya era objeto de la pintura y la escultura-, es obvio que hasta la invención de la instantánea fotográfica nunca pudo plantearse un verdadero debate jurídico respecto de la protección de la imagen pues ordinariamente la efigie de la persona solo se reproducía con el consentimiento del titular ya que, obviamente, sólo si el sujeto posaba para el pintor o el escultor su imagen podría ser reproducida.

Así pues, como decimos, con la instantánea surgirán las primeras tensiones y florecerán las primeras legislaciones.

De tal manera, aparecerán la ley alemana de 10 de noviembre de 1842 con el “derecho a la efigie”, la Ley rusa de 21 de enero de 1845 -que prohibirá la reproducción de retratos sin el permiso de quien los hubiera encargado o de sus herederos-, o la Ley inglesa de 29 de julio de 1862[23] que, por contra, establecerá que el derecho de reproducción

[21] ROGEL VIDE, Carlos, *Origen y actualidad de los derechos de la personalidad*. *Estudios de Derecho Civil – Persona y Familia*. Edit. Reus, Madrid, 2008, pág. 129

[22]http://academia.uat.edu.mx/pariente/Articulos/Fotografia/La%20invencion%20de%20la%20fotografia.htm. Fecha de acceso: 6 de mayo de 2015, 14:30 h

[23]http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/viewFile/4069/2092. Fecha de consulta: 6 de mayo de 2015, 14:00 h

de un cuadro, escultura o similar correspondería al artista y no al comprador, salvo que se hubiera pactado de otro modo[24].

A estas primitivas normas les seguirán, entre otras, la ley belga de 22 de marzo de 1886, sobre el derecho de autor -en el mismo sentido que la inglesa de 1862; la ley japonesa de 1899[25]; y la Ley alemana de fotografía de enero de 1876, que para el jurista *Walter Moraes* será la que verdaderamente vendrá a marcar el inicio del derecho positivo sobre la propia imagen[26].

Por otro lado, en lo que a decisiones judiciales en Europa se refiere, las primeras que abordarán esta cuestión y que forjarán el precedente de las posteriores legislaciones protectores de la propia imagen, serán sendos Fallos del Tribunal Civil del Sena de 1855 y de 1858, prohibiendo, en el primer caso, la exposición pública del retrato de un sujeto; y en el segundo, la reproducción y publicación del momento de la muerte de una persona. Concretamente en este último supuesto se trataba de una actriz fallecida y lo que ciertamente se prohibía era la publicación de su imagen si no existía el previo consentimiento de su familia[27].

Años después, en 1890, los jóvenes juristas norteamericanos *Samuel D. Warren* y *Louis Brandeis*[28], delimitarán el derecho a la privacidad en un artículo publicado en la *Harvard Law Review*, configurándole como el derecho "*to be let alone*" –derecho a la soledad-,

[24] Tal y como, curiosamente, la Ley 39 del Título 28 de la Partida Tercera del libro de *Las Partidas* había recogido en el medioevo español, según hemos indicado *ut supra*.
[25] RODRÍGUEZ DA CUNHA E CRUZ, Marco Aurelio, *El Concepto Constitucional del Derecho a la Propia Imagen en España y en Brasil.*
(htp:// editora.unoesc.edu.br/index.php/espaciojuridico/article/viewFile/4069/2092. Fecha de consulta: 15 de septiembre de 2013, 19:35 h
[26] MORAES, Walter, *Derecho a la propia imagen*. Revista de los Tribunales, de Sao Paulo, Brasil, 1972; núm. 443, pág. 66.
[27] AZURMENDI ADARRAGA, Ana. *El Derecho a la Propia Imagen: su identidad y aproximación al Derecho a la Información*. Edit. Civitas, 1998, pág. 56
[28] WARREN (1852-1910) y BRANDEIS (1856-1941), fueron ambos abogados y Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América y fundaron conjuntamente la firma Nutter McClennen & Fish en 1879.

definiéndole como "*garantía del individuo a la protección de su persona y su seguridad frente a cualquier invasión del sagrado recinto de su vida privada y doméstica*" [29].

Dicho artículo -que identificaba tres niveles: *el derecho a estar solo, el derecho a divulgar hechos privados* y *el derecho a transmitir a la sociedad circunstancias personales a través de los medios de comunicación*-, fue un ensayo jurídico cuyo origen estuvo en la vulneración del derecho a la intimidad que sufrió *Samuel D. Warren* con ocasión de la publicación de sus actividades sociales y personales mantenidas dentro y fuera de su hogar así como en la repercusión que tuvieron determinados comportamientos que protagonizó en lugares públicos y privados, mostrando una vida de lujo y suntuosidad. Conductas que se veían agravadas por la circunstancia de que *Warren* estaba casado con la hija de un prestigioso Senador de los Estados Unidos, cosa que atrajo la curiosidad de ciertos periódicos que decidieron divulgar todas esas circunstancias a través de unas *crónicas amarillas* que terminaron provocando un fuerte escándalo social.

En junio de ese mismo año, 1980, un Tribunal de Nueva York, en el caso *Marion Manola versus Stevens & Myers*[30], admitirá la prohibición de hacer circular retratos sin la autorización de la persona fotografiada. Y ocho años más tarde, en fecha de 29 de noviembre de 1898, un Fallo del Reichsgerichtshof (Tribunal del Reich), abordará el mismo problema al tratar el caso de una joven fotografiada en traje de baño cuya imagen pretendió ser reproducida en medallones, estampas y otros objetos, determinando el Tribunal que ello suponía una abusiva captación

[29] WARREN Samuel D, y BRANDEIS, Louis D, "*The Right to Privacy* " (1890), Harvard Law Review, vol. IV, núm. 5. Pág. 193 y ss. Traducido por PENDAS y BALSEGA, *El derecho a la intimidad*. Ed. Civitas, Madrid, 1995

[30] Marion Manola era una actriz que fue fotografiada en escena y cuya imagen se publicó por los demandados sin su consentimiento.

de la imagen, agravada no sólo por la circulación de la fotografía sino también por la utilización comercial que de ella se hacía[31].

Un año más tarde, el 28 de diciembre de 1899, al enjuiciar el mismo Tribunal la violación del domicilio del Canciller *Otto von Bismark* por parte de dos periodistas que accedieron al salón donde se encontraba su cadáver de cuerpo presente para intentar fotografiarlo y vender las imágenes, resolvió apropiarse de los negativos y de las impresiones de los mismos para impedir la divulgación de las fotografías. Dicho suceso dio lugar a la promulgación de la *Ley de Derechos de Autor sobre Bellas Artes y fotografías*, de 1907, viniendo a exigirse desde entonces el consentimiento del titular para la publicación de imágenes[32].

La verdad es que desde que *Warren* y *Brandeis* citaran en su artículo a *William H. Dunbar*[33], que promovía la sanción de quien publicara o hiciera cualquier manifestación sobre la vida privada de terceras personas en un periódico o revista, comenzó a plantearse la posibilidad de proteger la intimidad a través de la tutela penal; y será en la segunda mitad del siglo XX cuando la jurisprudencia alemana mantendrá de forma más clara que la mera fijación de la imagen será violatoria del derecho, con lo que se apuntará al objetivo más claro de otorgar una mayor salvaguarda a este especial derecho de la persona.

También surgirán doctrinas más radicales (en las que se incluyeron, entre otros, *Campogrande*, *Romanelli*, *Gareis*, *Luigi Ferrara* y *Carnelutti*), que sostendrán que así como el individuo tiene derecho a su propio cuerpo, igualmente debe tenerlo a su propia imagen, que es su fiel reproducción, pues la imagen es una manifestación del propio cuerpo[34].

---

[31] VAZQUEZ FERREYRA, Roberto, *Responsabilidad civil por lesión a los derechos de la personalidad, en Derecho de daños*. Homenaje al profesor Dr. Félix A. Rodrigo Represas. Segunda parte. Ed. La Rocca, 1993, pág. 179.

[32] HERRERO-TEJEDOR, Fernando, *Honor, Intimidad y Propia Imagen*. Ed. Colex, Madrid, 1994, pág. 63.

[33] Colega de despacho de *Brandeis*.

[34] GITRAMA GONZALEZ, Manuel, *Imagen*, en Nueva Enciclopedia jurídica. Tomo 11. Barcelona, 1979, pág. 301.

Dentro de esas teorías radicales, Keyssner sostendrá la tajante ilicitud de la mera apropiación de la imagen y, por supuesto, también de su publicidad, de tal modo que como forma de ejercer la legítima defensa, la persona fotografiada *podría arrebatar la máquina del fotógrafo y romperla para evitar la impresión de la placa y así salvaguardar su cuerpo*[35].

Hoy día, claro está, se han abandonado esas posturas tan radicales pero se puede decir que la casi totalidad de la doctrina sostiene la tutela del derecho a la propia imagen y consecuentemente la obligación de reparar los daños y perjuicios en caso de que tales derechos fueran violados pues es comúnmente admitido que el ser humano para su normal desarrollo necesita un ámbito de intimidad y vida privada como parte misma de su mismo ser; tan importante como el ámbito de sociabilidad al que Aristóteles se refería cuando hablaba del ser humano como animal social.

Esa esfera privada tan estrictamente vinculada a la persona, que no está abierta a los demás, debe ser efectivamente respetada y defendida ante cualquier intento de vulneración pues de lo contrario se vulneraría al propio ser y se atacaría al libre desarrollo de la personalidad.

Ese derecho a la vida privada hoy está encarnado por una serie de derechos reconocidos en la mayoría de las Constituciones modernas, como son, entre otros, la inviolabilidad del domicilio, la de la correspondencia, la libertad religiosa, la libertad sexual, la intimidad, el honor, etc… Y por supuesto éste que estamos tratando de la propia imagen: un ámbito privado de la persona que no interesa, o mejor dicho, no debe interesar a los demás porque es inherente a la conciencia intima del ser humano y se configura como un derecho subjetivo que no puede desgajarse del ser mismo porque entonces dejaría de serlo.

[35] CASTÁN TOBEÑAS, José, *Los derechos de la personalidad*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, segunda época. Tomo 24. Gitrama González, *Imagen*, en Nueva Enciclopedia Jurídica, Vol. XI, pág. 301.

2.- Su reconocimiento inicial

Cuando hablamos de derechos de la personalidad, y por tanto también del derecho a la propia imagen, hemos de admitir que no sabemos exactamente a qué nos estamos refiriendo pues si señalamos que son derechos inherentes a la persona y que derivan de la dignidad humana no hacemos más que pronunciar afirmaciones genéricas e imprecisas; hasta tal punto que sólo alcanzamos a comprenderlas cuando el legislador y el juzgador las integran o complementan.

Así pues, el ámbito de los derechos de la personalidad es una categoría caracterizada por la inexistencia de un claro referente legal o jurídico positivo y, consecuentemente, sólo conformada por su construcción doctrinal. Lo cual implica, como acabamos de señalar, que dicha categoría quede exclusivamente en manos de la doctrina y la jurisprudencia, cosa que supone un indudable riesgo.

De entrada, no existe unanimidad a la hora de definir si la personalidad es un concepto jurídico o ético, es decir, previo o no al Derecho. Cuestión que no es baladí, pues si pudiéramos inferir que la personalidad es un concepto ético y, por tanto, previo al Derecho, ello nos podría llevar a considerar que estos valores son superiores al propio ordenamiento jurídico. De ser así, en el caso español habría sido entonces conveniente regularlos en el art. 1 CE[36].

Pero la confusión también es terminológica pues el concepto de personalidad a veces se utiliza como sinónimo de persona; en otras ocasiones como sujeto de derecho; y en otras, como derechos de la persona o derechos de la personalidad. Por tanto, irrumpir en el estudio

[36] SANCHEZ GONZALEZ, Santiago. *Comentarios a la constitución española de 1978* (dirigida por Oscar Alzaga Villamil), Tomo II, ed. Edersa, Madrid, 1997, pág. 25.

de esta categoría jurídica supone penetrar en un mundo impreciso y confuso.

Una parte de la doctrina, bien es cierto que minoritaria, sostiene que los derechos de la personalidad no pueden ser considerados como verdaderos derechos subjetivos y a tal efecto aducen que la existencia de un derecho de esta categoría implicaría la de un deber correlativo, que en los derechos de la personalidad no se da –según esta parte de la doctrina-, por inexistencia de sujeto pasivo. Igualmente sostienen que todo derecho subjetivo requiere de un objeto claramente delimitado sobre el que recaer, y que en estos derechos personalísimos sería la propia personalidad con lo cual nos hallaríamos ante un absurdo pues la persona sería sujeto y objeto del derecho a la vez, algo incoherente e inadmisible. Y por último, que no estaríamos ante verdaderos derechos sino ante facultades pues esta categoría carece de modos de adquisición, transmisión y extinción.

Desde nuestro punto de vista esta posición minoritaria adolece de una visión excesivamente patrimonialista de los derechos subjetivos pues es clara la existencia de un sujeto pasivo, que no es ni más ni menos que la sociedad en su conjunto que tiene el deber de respetar los derechos de los otros. En cuanto al objeto, es evidente que lo serían el honor, la integridad, la imagen de la persona, etc… que además son individualizables aunque entendamos que tales objetos integran la propia personalidad humana. Y en cuanto a la tercera objeción -ausencia de modos de adquisición, transmisión y extinción-, no es premisa necesaria para la existencia del derecho subjetivo pues existen también otros derechos patrimoniales que no pueden ser transmitidos o cedidos y nadie duda de la existencia de tal categoría, por lo que indudablemente cuando hablamos de derechos de la personalidad estamos hablando de verdaderos derechos subjetivos[37] aunque presenten un conjunto de notas

[37] GARCÍA AMIGO, Manuel, *Derecho Civil de España. I. Parte General*. Universidad Complutense, Madrid, 1997.Página 284.

características que los hacen especiales y que los distinguen de otros derechos subjetivos[38].

En todo caso, se considera que fue *Otto Friedrich von Gierke*[39] el creador de la categoría de los derechos de la personalidad -entre los cuales, por cierto, no menciona precisamente el derecho a la propia imagen-, viniendo dicho jurista a establecer como tales derechos, los siguientes: vida, integridad física, libertad, honor, status social, nombre civil y comercial, marca, derecho de autor y derecho del inventor[40].

Sin embargo, hasta bien entrado el siglo XX el derecho al honor, intimidad y propia imagen no aparecerán en las declaraciones de derechos. El motivo de esa exclusión estriba, según el profesor Pérez Royo, en una doble causa: por un lado, las condiciones objetivas de la convivencia entre las personas; por otro, sus relaciones con los poderes públicos. Ambos motivos hacían inexistente la necesidad de protección de tales derechos y, en consecuencia, el reconocimiento de los mismos *era superfluo*[41] .

Por ello no será hasta el año 1948 cuando los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen), se reconozcan formalmente a través de su incorporación a la Declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas[42], que, como es sabido, recoge en 30

---

[38] CIFUENTES, Santos, *Elementos de Derecho Civil, Parte General.* 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1997. Páginas 150 y ss.

[39] (Prusia 1841- Berlín 1912), líder de la Escuela Germánica de Jurisprudencia histórica

[40] BLASCO GASCÓ, Francisco de P., *Patrimonialidad y Personalidad de la imagen*. Ed. BOSCH, 1ª edición, 2008, pág. 4.

[41] PEREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*. Ed. Marcial Pons. Madrid 2010. 12ª edición. Revisada por Manuel Carrasco Durán. Pág. 296.

[42] La Declaración Universal de los Derechos Humanos es un documento declarativo adoptado en París por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

artículos aquellos derechos considerados básicos a partir de la Carta de San Francisco de 1945[43].

Efectivamente, como señalaba el profesor Pérez Royo, en los períodos anteriores una vez que las sociedades concentradas en torno a comunidades agrarias, reducidas y dispersas, consideraban protegidos los domicilios y su correspondencia, los individuos no tenían motivos especiales para temer por los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen *pues había pocas ocasiones que permitieran su vulneración*[44].

Posteriormente surgirán otros textos básicos: el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (Convenio de Roma)[45], y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966.

En estas declaraciones se hace referencia a los derechos de la persona y se considera que su respeto e impulso son el fundamento y la base de profusas realidades necesarias para la propia existencia del género humano.

Así, en tales normas internacionales la justicia se hace depender del reconocimiento de los derechos humanos, considerando, igualmente, que los derechos de la persona son el fundamento del orden político y la paz social. *De ahí que en referencia a toda realidad estatal o jurídica, debe predicarse una posición central de los derechos de la persona*[46], que desde una concepción básica podríamos definirlos como "*un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las*

[43] Aprobada en la Conferencia de San Francisco, celebrada tras las Conferencias de Dumbarton Oaks y Yalta, el 25 de junio de 1945.
[44] CONTRERAS NAVIDAD, Salvador, *La protección del honor, la intimidad y la propia imagen en Internet*. Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional. Ed. Aranzadi-Thomson Reuters. Primera edición, 2012, pág. 15.
[45] Ratificado por España mediante instrumento de 26 de octubre de 1979.
[46] CASTILLO-CÓRDOVA, Luis, *Las libertades de expresión e información como derechos humanos*. Palestra Editores, Perú, 2006, pág. 4

exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional"[47].

El contenido del Convenio de Roma es esencialmente similar a la Declaración de Derechos Humanos aunque con algunas diferencias muy concretas, pero tiene la capacidad de ser un instrumento jurídico con efectos vinculantes entre los Estados miembros de la Unión Europea. Por ello, en España actualmente los Tribunales de todas las jurisdicciones y especialmente el Tribunal Constitucional basan sus pronunciamientos en el Convenio de Roma (SSTC núms. 15/1982, 6/1994, 23/95, 25/1995, 3/1996, 26/1996, etc…) pues como sabemos los Convenios ratificados por nuestro país tienen efectos jurídicos vinculantes para los poderes públicos y *son un factor de interpretación de los derechos humanos cuando ingresan en el ordenamiento jurídico interno*[48].

En ese sentido, el Convenio, reconoce en su artículo 8 que *toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*

Igualmente, se protege el derecho a la intimidad de las personas y de la familia como derecho fundamental y autónomo, aunque no de forma absoluta, pudiendo ser limitado siempre que concurran las causas expresamente previstas, de tal modo que el Convenio proscribe toda

[47] PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los Derechos Fundamentales*, Ed. Tecnos, 7ª edición, Madrid 1998, pág. 46
[48] STC núm. 254/1993, de 20 de julio.

invasión en el derecho a la intimidad, salvo que la ingerencia esté prevista:

a) en la ley
b) sea necesaria para la seguridad nacional o pública
c) sea precisa para el bienestar económico del país
d) se requiera para la defensa del orden y la prevención del delito
e) sea necesaria para la protección de la salud o de la moral
f) o se precise para la protección de los derechos y las libertades de los demás

Tales excepciones plantean hoy día uno de los aspectos constitucionales de mayor interés doctrinal y jurisprudencial: el límite a los derechos y libertades fundamentales, al admitirse que en una sociedad democrática estos derechos no son absolutos pero tampoco puede verse afectado su contenido esencial hasta el punto de hacerles desaparecer o quedar desvirtuados.

En todo caso, no queremos terminar este apartado sin perfilar un concepto inicial de *derechos de la personalidad* que, en atención a lo hasta ahora expuesto, podríamos definir como aquellos derechos subjetivos que le corresponden a toda persona solo por serlo, que tutelan su dignidad y garantizan y protegen sus atributos esenciales como ser humano en sus aspectos físicos y espirituales.

3.- Los derechos de la personalidad en el mundo

3.1.- derecho internacional

Desde la década de los años cuarenta, en pleno siglo XX, la doctrina del derecho internacional sobre los derechos humanos ha impreso un sello particular en las libertades de las personas.

La visión humanista consagró tales libertades como derechos individuales y sociales en las democracias modernas; si bien como derechos no absolutos que conviven con el interés general del Estado, y, por supuesto, con otros derechos.

Pero en el contexto internacional, la interpretación de estas libertades y derechos de la persona así como la forma de estudiarlos es diferente en función de la historia política de las naciones y de las instituciones internacionales. De hecho, las disciplinas de estudio también han tenido que acoplarse al cambio de interpretación de estas libertades y sus vínculos con los derechos a que nos venimos refiriendo.

La primera ley civil que se ocupa de los derechos de la personalidad es el Código austríaco de 1811, que en su artículo 16 declaraba que "*todo hombre tiene derechos innatos y por ello tiene que ser considerado como persona*".

En una línea similar se situó el Código Civil portugués de 1867, que dedicó varias normas a los que llamó "*derechos originarios*" disponiendo que los mismos son los que "*resultan de la propia naturaleza del hombre y que la ley reconoce y protege como fuente y origen de todos los demás*".

En todo caso, y en lo que ahora nos interesa, de entre los derechos y libertades de la persona (libertad de pensamiento, libertad de culto, de palabra, cátedra, expresión, imprenta, prensa, derecho al honor, a la intimidad familiar y personal, a la propia imagen, etc...), el que ha sido menos estudiado, desde nuestro punto de vista, o, al menos, lo ha sido con menos profundidad, es el derecho a la propia imagen.

La evolución de la imagen como derecho jurídico tiene un recorrido que se inicia con un tratamiento de la imagen casi exclusivamente en el ámbito concreto del derecho de autor; en una segunda etapa, a principios del siglo XX, se la ve como un bien esencial de la persona; y en una tercera etapa que se extiende hasta 1948 (Declaración de Derechos

Humanos de las Naciones Unidas), el tratamiento de la imagen se coloca dentro del marco de los derechos humanos.

Esta evolución concluye, por un lado, con la consideración del derecho a la propia imagen como un derecho personalísimo, emanado de la personalidad; y por otro, con el reconocimiento por la legislación de que toda persona tiene el derecho exclusivo sobre su imagen, pudiendo oponerse tanto a su difusión -cuando ésta sea hecha sin autorización-, como a su explotación.

No obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación a los derechos de la personalidad establece una abierta distinción entre lo íntimo y lo privado, dando a esta última noción una concepción más amplia que a la intimidad.

De esa forma, según el TEDH es demasiado restrictivo limitar la noción de vida privada meramente al círculo íntimo, donde cada uno puede manejar su vida como quiera, excluyéndola del mundo exterior[49]; y aunque el contenido del art. 8 del CEDH, parece bastante determinante -"*toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*"-, el TEDH viene extendiendo el contenido de vida privada y de manera especial el de intimidad, integrando conceptos tales como *vida sexual*, *domicilio*, *ámbito de la familia*, *protección de datos*, *comunicaciones* y otros[50]. Llegando incluso a englobar en ese desarrollo del concepto de vida privada tanto la integridad física como moral de los individuos *en función de las circunstancias*[51], incluso *el derecho a la propia identidad*[52]; concretando que el mero hecho de recopilar cualquier información relativa a una persona física identificada o identificable *constituye per se una injerencia en el respeto a su vida privada*[53].

[49] STEDH, *Niemimietz c. Alemania*, de 16 de diciembre de 1992
[50] STEDH, *Botta c. Italia*, de 24 de febrero de 1998
[51] STEDH, *Raninen c. Finlandia*, de 16 de diciembre de 1997
[52] STEDH, *Mikulic c. Croacia*, de 7 de febrero de 2002
[53] STEDH, *Amann c. Suiza*, de 16 de febrero de 2000

En todo caso, y en relación al ámbito geográfico, es verdad que la salvaguardia de estos derechos de la personalidad viene de una larga tradición esencialmente europea -sobre todo en su aspecto de protección penal-, mientras que en la orientación anglosajona se vino abordando fundamentalmente desde una perspectiva civil de reparación de daños, pero también es cierto que hoy día ambas posturas se complementan en muchos aspectos, según veremos a continuación.

3.2.- Derecho comparado

Distinguiremos diferentes ámbitos geográficos:

a.- Europa continental

Dentro del constitucionalismo europeo, el derecho a la propia imagen no aparece recogido en todas las Constituciones, incluso tampoco se recoge en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de Roma de 4 de noviembre de 1950 ni en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, sino que queda protegido por el principio general de respeto a la persona humana y de respeto a la vida[54].

No obstante, en este ámbito continental el derecho a la imagen es por supuesto objeto de tutela, como no podía ser de otro modo, sin que debamos olvidar que el primer Fallo relacionado con el derecho a la propia imagen, como ya se ha indicado con anterioridad, fue precisamente del *Reichsgericht* alemán el 29 de noviembre de 1898.

Sin embargo, es curioso resaltar que para Federico Villalba Díaz[55] el derecho español fue el que construyó la literatura y la doctrina del derecho de la información en Europa compilando las diversas disposiciones legales sobre libertad de expresión e información dispersas en el derecho inglés, italiano, francés y alemán.

[54] art. 8 del Convenio y art. 7 de la Carta.
[55] Abogado y profesor del Centro de la Propiedad Intelectual de la Universidad Austral y Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.

El profesor Villalba llega a afirmar, incluso, que el derecho de la información, como disciplina que estudia y agrupa diversas normas jurídicas de las libertades informativas, se fundó muy probablemente en España en los años 70, aunque ese reconocimiento no es popular porque –según sostiene dicho jurista-, la doctrina española solamente ha tenido cierta repercusión en los países de habla hispana[56].

En todo caso, veamos algunos ámbitos nacionales:

a.1.- Alemania.

En Alemania, la Ley Fundamental de Bonn de 1949, señala en su artículo 5 que los derechos de libertad de expresión, de prensa y de información no tendrán más límites que los preceptos de las leyes generales y las disposiciones legales para los menores y el derecho al honor personal, reconociéndose expresamente en el art. 20 los derechos de la personalidad y señalándose en su artículo 21 que *todos tienen derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, siempre que no vulneren los derechos de otro ni atenten al orden constitucional o la ley moral*.

Respecto de este último artículo el Tribunal Supremo Federal ha desarrollado una vasta jurisprudencia sobre la vida privada y el derecho a la propia imagen. En tal sentido, la jurisprudencia alemana entiende que el derecho a la propia imagen es un aspecto del derecho de la personalidad distinto del derecho a la vida privada y del derecho al honor de las personas, los cuales en su conjunto conforman un derecho a la esfera privada (*privatss phäre*) también llamada esfera íntima (*intims phäre*)[57]

[56] VILLALBA DÍAZ, Federico Andrés, Algunos aspectos acerca del derecho patrimonial y extrapatrimonial sobre la propia imagen.
http://www.revistapersona.com.ar/Persona10/10Villalba.htm. Fecha de consulta: 22 de octubre de 2012, 22:45 h

[57] NOVOA MONREAL, Eduardo, *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de Derechos.* Ed. Siglo XXI, 6ª edición, México 2001, pág. 31.

Una de las más significativas Sentencias sobre los derechos a la intimidad y a la propia imagen en el ámbito alemán fue la relativa a la *Princesa Carolina de Mónaco* y las informaciones sobre su vida publicadas en Alemania que fueron objeto de litigio en el asunto *Von Hannover c. Alemania*[58]

El origen del caso está en la publicación en una revista alemana[59] de un artículo sobre *Carolina de Mónaco* ilustrado con varias fotografías que mostraban indistintamente a la Princesa montando a caballo en una pradera, otra con sus hijos, una más con el trasfondo de unos automóviles, otra con gafas de sol, también montando en bicicleta y alguna más de carácter absolutamente privado.

La princesa Carolina presentó entonces una demanda exigiendo la suspensión de las publicaciones y el Tribunal Estatal de primera instancia la admitió en lo referente a la publicación de fotografías en revistas que eran distribuidas en Francia pero la desestimó en lo relativo a Alemania (en Alemania no existe un derecho a exigir la suspensión de una publicación, en Francia sí).

Para la evaluación de esas fotos el Tribunal Civil partió de los arts. 22 y 23 de la *Ley de Propiedad artística*, cuyo art. 22 establecía que las fotografías podrían ser divulgadas o puestas a disposición del público sólo con la aprobación del fotografiado y en caso de duda se tendría por concedida la autorización si el fotografiado hubiera cobrado dinero; y cuyo art. 23 señalaba que podrían publicarse las imágenes sin necesidad de la aprobación prevista en el artículo anterior si las fotografías estaban dentro del ámbito de la historia contemporánea; si las personas aparecieran de manera accesoria en un paisaje o en alguna localidad; si se tratara de

[58] STEDH, Sec. 3ª, de 24 de junio de 2004.

[59] Revista *Bunte*, nº 32, de 5 de agosto de 1993

reuniones, procesiones y acontecimientos similares o si servían al interés del arte.

Presentado Recurso de revisión ante el Tribunal Superior Federal Alemán, aquel fue rechazado con el argumento de que según lo subrayado por el Tribunal Constitucional Federal, el derecho general de la personalidad no le concede al particular el derecho a ser presentado ante los otros *sólo de la manera como él se ve a sí mismo o como quisiera ser visto por los demás* pues una protección de ese tipo no sólo iría más allá del objetivo de la protección perseguida por la Ley Fundamental sino que también constituiría una injerencia considerable en la esfera de libertad de terceros.

Promovido entonces Recurso de amparo ante el TEDH, éste dio la razón a la recurrente y consideró que los Tribunales alemanes no habían protegido adecuadamente los derechos de la demandante.

A tal efecto señaló el Tribunal, entre otras cuestiones, que las fotos de la princesa Carolina le mostraban en momentos de su vida diaria, con un carácter absolutamente privado, y que no era lo mismo narrar hechos, incluso controvertidos, que contribuyeran al debate en una sociedad democrática, que narrar hechos de la vida privada de un individuo que, como en el caso de Carolina, no ejercía funciones oficiales. Igualmente el Tribunal consideró que la publicación de los artículos e imágenes tenían como único propósito satisfacer la curiosidad de unos lectores -sin contribuir a ningún debate de interés general-, así como que las fotos fueron tomadas sin consentimiento de la demandante, reiterando asimismo la importancia que tiene la protección de la vida privada desde el punto de vista del desarrollo de la personalidad de cualquier ser humano.

En definitiva, que el factor concluyente de ponderación entre la protección de la vida privada y la libertad de expresión debe recaer –

según el TEDH-, en que lo divulgado contribuya a un debate de interés general, que para el Tribunal no se daba en este caso.

a.2.- Italia.

En lo que respecta a Italia, el derecho a la propia imagen también es objeto de protección y de resarcimiento ante los abusos que pudieran llevarse a cabo, según se regula expresamente en el art. 10 de su Código Civil, pero tiene un tratamiento más bien limitado.

Efectivamente, en el caso italiano la imagen sólo queda protegida si se publica o daña la reputación o el decoro de la persona cuya efigie se transmite pero no si únicamente se capta.

No obstante, el Tribunal Constitucional Italiano por Sentencias 38/1973 y 159/1973, incluyó como derechos inviolables algunos no contemplados por su texto constitucional, tales como el derecho a la dignidad, el derecho al honor, el derecho a la intimidad o el derecho a la reputación, entre otros, que derivarán indirectamente de otras normas constitucionales –tales como el artículo 2º de la Constitución Italiana-, y de los artículos 8 y 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

a.3.- Francia.

En Francia, por su parte, el artículo 9 de su Código civil no regula expresamente el derecho a la propia imagen sino que lo configura como un elemento del derecho a la intimidad.

En el país galo es muy interesante el despliegue jurisprudencial realizado, en especial en la segunda mitad del siglo XX[60], donde los Fallos judiciales pueden distinguirse en dos grupos perfectamente

[60] El *Consejo Constitucional francés* reconoció como derechos fundamentales algunos no contemplados en el texto constitucional, entre otros, el derecho a la libertad de contraer matrimonio, el derecho a desarrollar una vida familiar normal (decisión del 13 de agosto de 1993), el derecho de asilo y los derechos de defensa en el proceso o la libertad de pensamiento y de expresión (decisión de 29 de julio de 1994).

diferenciados según si las personas retratadas tienen o no notoriedad pública.

El primer grupo comprende los casos de personajes del mundo del espectáculo, cine, televisión, etc… que resulten fotografiados mediante el uso de teleobjetivos y cuya imagen es después publicada en la prensa sin el consentimiento del interesado.

En estos casos se sostiene que la imagen no puede ser publicada sin consentimiento del fotografiado, sin que tampoco pueda presumirse -aún cuando estemos hablando de artistas o estrellas de cine o televisión-, que por su trabajo estén expuestos previamente a la curiosidad y a la notoriedad pública.

Así se resolvió, por ejemplo, en dos casos relacionados con la famosa actriz *Brigitte Bardot*, de quien habían sido publicadas sendas fotografías, una, tomada a escondidas en su casa de campo, y otra, en la que aparecía muy ligera de ropa con su hijo en brazos[61].

En el segundo grupo -personas sin notoriedad pública-, el principio es que la publicación de una fotografía, aún habiendo sido tomada en un lugar público, puede constituir un acto ilícito cuando, por ejemplo, sea publicada posteriormente con una explicación o un comentario pernicioso o desfavorable o cuando la imagen sea insertada en un contexto editorial de mal gusto. Tal fue el caso, por ejemplo, de una pareja de clientes de un bar en una avenida de París (*caso Eynard*), que fueron captados en una imagen de gran belleza artística -según los expertos-, que mostraba a la pareja sentada a la mesa de un café pero cuya fotografía se publicó con comentarios maliciosos en un artículo periodístico dedicado a la prostitución.

[61] LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.P., *El derecho a la imagen de las cosas propias*, Ed. La Ley, 2006, pág. 689.

En tal caso, los jueces entendieron que era una ofensa contra los fotografiados y concedieron, además del resarcimiento del daño, el secuestro de la publicación.

En el mismo sentido se resolvió ante el Tribunal de *Grande Instance* de Paris (31 de mayo de 2000), un asunto sobre la publicación de la fotografía de una prostituta –captada en la calle, en el lugar en el que la mujer habitualmente desarrollaba su trabajo– y que fue publicada sin ningún consentimiento previo[62].

a.4.- Portugal.

Por su parte, en Portugal la protección formal del derecho a la propia imagen aparece expresamente en la primera revisión constitucional (1982). Pero además de en su Constitución también su Código civil regula ampliamente este derecho. Concretamente el art. 79, en su párrafo primero, señala que el retrato de una persona no puede ser expuesto, reproducido o comercializado sin el consentimiento de la misma; en su párrafo segundo se establecen los supuestos en que no es preciso el consentimiento del sujeto (por notoriedad, por razón del cargo, exigencias de seguridad o de justicia, lugar público o finalidad científica, didáctica o cultural, etc..); y en su párrafo tercero se prohíbe la reproducción, exposición o comercialización de la imagen ajena si de tales actos resulta perjuicio para el honor, la reputación o el decoro del titular de la imagen.

La noción de la propia imagen en Portugal versa sobre la imagen de una persona singular, y para ser protegida por el derecho constitucional lusitano la imagen humana debe ser individual, visible y recognoscible, entendidos tales criterios como determinantes de la realidad jurídica de la imagen *puesto que el derecho solo actúa si la*

[62] LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *El derecho a la imagen… Opus cit*, ed. La Ley, 2006, pag. 689.

representación visible de una figura humana puede atribuirse a un sujeto concreto[63].

a.5. Austria.

La Constitución de 1920, revisada parcialmente en 1929 y vigente hoy tras numerosas enmiendas, obliga al Estado en su art. 6 a adoptar todas la medidas necesarias para garantizar a todas las personas sin distinción de raza, sexo, idioma o religión *el goce de los derechos humanos y de las libertades fundamentales* incluyendo la *libertad de expresión del pensamiento*, de *prensa* y de *publicación*, de *culto*, de *opinión* y de *reunión pública*, estableciendo por su parte la Ley constitucional austriaca de 1988, sobre la protección de la libertad personal, en su art. 13 que *todas las personas tendrán derecho a expresar su pensamiento pero dentro de los límites legales*; uno de los cuales, el más significativo sin duda, es el que atañe a la dignidad de la persona. Sin embargo, no se contemplan como materia constitucional los derechos de la personalidad, sin perjuicio de considerar como parte integrante de la Constitución del Estado el *Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades Fundamentales de 1950*, junto con sus protocolos, lo que significa que los ciudadanos austriacos pueden invocar directamente el CEDH ante las autoridades estatales.

En ese sentido, no queremos pasar por alto el asunto al que se refiere la Sentencia del TEDH de 20 de septiembre de 1994, en el *caso Otto Preminger contra Austria,* que entendió no haber existido violación del art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y que, sin duda, implica el examen de los derechos de la persona.

El asunto se refería a la retirada e incautación de una película, "*Das Liebekonzil*", de Werner Schroeter, cuya proyección había sido anunciada en mayo de 1985 en varios periódicos por la asociación sin ánimo de lucro *Otto Preminger,* de Insbruck (Austria), y que

[63] AZURMENDI ADARRAGA, Ana. *El derecho a la…* opus cit., pág. 29

estaba basada en una obra de 1885 de Oskar Panizza, quien por cierto fue condenado a prisión por un delito de blasfemia.

En el anuncio se anticipaba que en la obra se ofrecía la imagen de Dios como una persona *idiota senil* e *impotente*, a Jesucristo como a un *niño malcriado* y que se representaban escenas eróticas entre la Virgen María y el diablo.

Solicitada por el Ministerio Fiscal el secuestro de dicha película -a instancia de la Iglesia Católica-, el Juez de primera instancia lo estimó después de ver la obra a puerta cerrada y acordó su requisa.

Apelada la resolución por el representante de la asociación, el Tribunal de apelación no admitió el recurso por entender que la libertad artística estaba limitada ineludiblemente por los derechos de los demás. Entonces la asociación denunció a Austria ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al considerar que el secuestro de la película constituía una violación de la libertad de expresión garantizada en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal confirmó la del de Apelación por entender *que las medidas adoptadas perseguían un fin legítimo al amparo del artículo 10.2, a saber, "la protección de los derechos de los demás".*

b.- Mundo anglosajón

En el mundo jurídico anglosajón, una de las bases sobre las que se construye el derecho a la propia imagen como libertad individual radica sobre el derecho a la intimidad, *the right to privacy*, cuyo primer exponente es, según el profesor Martínez de Pisón, *John Stuart Mill* en su obra *"Sobre libertad"*[64] .

En ella se sostiene:

[64] MARTINEZ DE PISÓN CAVERO, José Mª, *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 52

a) Que existe una esfera de acción del individuo que no le afecta más que a él mismo y en el que la sociedad no tiene más que un interés indirecto; y si afecta a otros individuos es porque libre y voluntariamente éstos consintieron en participar.

b) Que esta es la razón de la libertad humana, que comprende:

- *el dominio interno de la conciencia:* libertad de pensar y sentir en todos los órdenes.

- *la libre determinación de nuestros gustos y nuestros fines:* libertad de obrar y libertad para organizar y diseñar el plan de nuestra vida y atenernos a sus consecuencias, sin obstáculos de los demás salvo que, obviamente, los perjudiquemos.

- Y *la libertad de asociación,* que se desprende de las dos anteriores y que consiste en la posibilidad de reunirse para cualquier fin sin que ello perjudique a los demás.

La única parte en la que el individuo es responsable ante la sociedad –dice *Stuart Mill*-, es aquella que afecta a los demás ya que la que sólo le concierne exclusivamente a él (aquí cabría incluir el derecho de imagen), su independencia es absoluta.

En esta formulación se advierte claramente la estrecha relación que para *Stuart Mill* existe entre libertad e intimidad.

No obstante, la legislación británica se ha venido resistiendo a elaborar una protección legal efectiva de los derechos de la personalidad, y más concretamente del derecho a la propia imagen, probablemente porque se trata de un país cuyos medios de comunicación se precian de ser los más agresivos de Europa, donde la prensa que trata temas del corazón -allí llamada *prensa amarilla*-, está especializada en exponer rotundamente al público las intimidades –a veces no demasiado ciertas-, de los personajes famosos.

Sin embargo, hemos de admitir que la situación está cambiando en el Reino Unido.

En ese sentido, analizaremos brevemente la demanda que la modelo internacional *Naomi Campbell* interpuso contra el *Daily Mail* por publicar unas fotografías suyas tomadas al salir de una clínica donde, supuestamente, había sido sometida a un tratamiento para combatir su drogadicción[65].

El asunto dio origen a una interesante sentencia de la Cámara de los Lores, *Campbell v. MGN Ltd.* (UKHL 22, 6.5.2004), que revocó la anterior de la Corte de Apelación y confirmó la de primera instancia, que había concedido a la modelo una determinada indemnización por *aggravated damages*[66].

Dicha Sentencia afianzó las bases para conformar en el Reino Unido un auténtico derecho a la intimidad y a la propia imagen a través de la utilización de la institución de la *breach of confidence*[67] [podemos afirmar que en Gran Bretaña no existía una solución eficaz para la protección de tales derechos de la personalidad salvo a través de la utilización de dicha institución], cosa que fue posible por la aplicación plena del Convenio Europeo de Derechos Humanos gracias a la firma por parte del Reino Unido de la *Human Rights Act* de 1998.

Hasta entonces, en los casos en que la prensa infringía los derechos de intimidad o la propia imagen la única respuesta que podía darse se sustentaba en los Códigos de Conducta o Códigos de autorregulación pero tras la incorporación de la Convención Europea de Derechos Humanos, a la que nos hemos referido, la situación cambia ya

---

[65] https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Manuel%20Miranda%20Estrampes.pdf?idFile=60247b97-f641-44f9-81ec-762fd2a71ab1. Fecha de consulta: 15 de abril de 2014, 10:15 h

[66] Daños agravados

[67] "La vulneración de confianza"

que a través de lo dispuesto en su art. 12 la Ley obliga a los Tribunales a examinar y aplicar los códigos de autorregulación para valorar el derecho a la libertad de expresión, debiendo considerar "*el interés público de la información y cualquier Código de intimidad relevante*", con lo que, además de la autorregulación, se admite definitivamente que un organismo ajeno pueda aplicar sus criterios.

En el asunto *Campbell*, mediante ese análisis se llegó a la conclusión de que había existido una violación del derecho a la intimidad de la recurrente que no podía ser justificada en el derecho a la libertad de expresión e información de los medios de comunicación.

Posteriormente, el derecho a la intimidad fue reafirmado en igual sentido en la Sentencia dictada en el *caso Douglas vs Hello* que fue resuelto en el sentido de considerar que la publicación de unas fotografías de la boda celebrada entre los actores Michael Douglas y Catherine Zeta-Jones, afectaba tanto a la imagen como a la intimidad familiar de los contrayentes.

Dicho asunto se vio en los Tribunales de Londres, que en fecha 2 de mayo de 2007 dictaron Sentencia condenando a una determinada revista a pagar a la pareja de famosos una cuantiosa indemnización por publicar fotografías no autorizadas de su boda, condenando igualmente a la revista a pagar una todavía más importante indemnización a favor de otra publicación que había contratado previamente con los actores una exclusiva para la publicación de las fotos de dicho acontecimiento[68].

En esta resolución hallamos dos aspectos importantes del derecho a la propia imagen: por un lado, el relativo a la afectación del derecho de ambos actores; y por otro, el que afecta a la revista competidora que había suscrito la exclusiva sobre la publicación de las fotografías del evento y que tenía una expectativa de ganancia por la divulgación de las mismas.

[68] http://www.copyrait.com/archivo/16.doc. Fecha de consulta: 6 de agosto de 2014, 16:45 h

En todo caso, aunque la cuestión de la imagen no está resuelta del todo y las Sentencias todavía se muestran reacias a reconocer de una forma clara la existencia de los derechos a la intimidad o a la propia imagen (sí se reconoce, sin embargo, el derecho al honor, protegido por la *Defamation Act* de 1996), ya no se puede decir tajantemente que en el Reino Unido no existan tales derechos.

Todo ello sin olvidar que estamos ante un Estado miembro del Consejo de Europa y que acepta la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que –como sabemos-, aplica el Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuyos artículos 8 y 10 hablan del respeto a la vida privada y familiar y de la libertad de expresión y sus límites, respectivamente.

c.- Iberoamérica.

En este ámbito la tendencia ha sido ampliar las funciones del Estado en la garantía de los derechos informativos, reconociéndole además la de ser también garante del derecho de cualquier persona a poder acceder al propio Estado como fuente de información.

En ese aspecto la doctrina ha cambiado con el auge que han tomado las leyes que garantizan ese derecho de acceso a la información, cuya fuente principal –como decimos-, es el Estado, y que regulan sus obligaciones en lo que a la difusión de información se refiere[69].

c.1.- Argentina.

Específicamente, en Argentina -país donde se ha estudiado muy profundamente y desde muy antiguo el derecho a la propia imagen-, su tutela jurídica se consolida con la sanción de la Ley 11.723, *de propiedad intelectual*.

Su artículo 31 establece:

[69] AZURMENDI ADARRAGA, Ana. *El derecho a la… opus cit.*, pág. 22

> "*El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma, y muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos, o en su defecto del padre o de la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la madre, o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre. La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo resarciendo daños y perjuicios. Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público*."

Esta norma (muy avanzada para su época, pues hablamos de 1933), es de aplicación en primer lugar en el plano normativo federal, y alude también de manera concreta al comercio del retrato de una persona (en esto es más específica que la posterior disposición incorporada al Código Civil, como art. 1071 bis), estableciendo excepciones al requisito del consentimiento expreso de su titular previo a su publicación.

En realidad no se pretendió regular el derecho a la propia imagen sino solo poner un límite a las facultades de los autores de las obras fotográficas, pero su incorporación apareció sorpresivamente cuando el autor de la norma[70] decidió transcribir casi literalmente el artículo referente al derecho del fotografiado de la Ley italiana de 1925 (en el contexto de la ley de la que forma parte, que es una ley de propiedad intelectual), que establece como regla general que el autor puede difundir o reproducir su obra como le parezca oportuno, excepto en el caso de que sea autor de una fotografía que contenga la imagen de otro, en cuyo caso no puede comerciar con ella sin la autorización expresa del

[70] El Senador Sánchez Sorondo

fotografiado. Por ello, es claro que la intención del legislador no fue regular el derecho existencial a la propia imagen[71].

c.2.- Chile.

En Chile, por su parte, los derechos de la personalidad no están expresamente reconocidos en la Constitución, sin embargo, el Tribunal Constitucional chileno, en sentencia Rol Nº 226 de 30 de Octubre de 1995, admite que " [tanto]…*la doctrina como nuestra Constitución Política reconocen la existencia de derechos, aunque no estén consagrados en el texto constitucional…* [expresión que significa que] *los hombres son titulares de derechos por ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional*".

c.3.- Brasil.

Por su parte, en Brasil, la nueva Constitución de la República Federativa, de 1998, en la declaración de los derechos y deberes individuales y colectivos contempla la indemnización por daño material a la imagen (art. 5º, apartado V "in fine", y X). Expresamente:

V. Se garantiza el derecho de réplica, proporcional al agravio, y a la indemnización por daño material, moral o a la imagen.

X. Son inviolables la intimidad, la vida privada, la honra y la imagen de las personas; se garantiza el derecho a la indemnización por el daño material o moral derivado de su violación.

Según puede observarse, el derecho a la propia imagen queda tan estrechamente vinculado con los derechos al honor y a la vida privada que no queda muy claro si son o no derechos distintos.

[71] Anna PIGEON BORMANS, *L´Image et le droit* en http://pigeon–bormans.com/l–image–et–le–droit.html. Fecha de consulta: 3 de agosto de 2015, 21:30 h

c.4.- Perú.

En Perú, en el art. 2, inciso 7 de la Constitución de 1993 y en el art. 15, del Código civil, se regula el derecho sobre la imagen y la voz de una persona, disponiendo que ninguna puede ser aprovechada sin autorización expresa.

Ciertamente el Código civil peruano de 1984 en su sección Primera del Libro Primero, Título II, sobre "Derechos de la persona" (artículos 3 a 18), contiene una regulación completa de los derechos de la personalidad como paso previo al estudio de los atributos de la persona (nombre, domicilio, estado y capacidad).

En realidad se trata de un derecho con base en la reputación o el decoro de la persona cuya imagen se comercia, publica, exhibe o expone, pero no lo configura como un derecho autónomo, sino dependiente de la propia reputación o del decoro.

c.5.- Ecuador.

En Ecuador, el artículo 66 apdos 18 y 20 de su Constitución, al referirse a los derechos denominados “de libertad” –que se fueron incorporando gradualmente-, especifica los derechos al honor, buen nombre, propia imagen, voz e intimidad personal y familiar.

El derecho a la propia imagen se agregó concretamente en 1996 mediante una reforma constitucional.

En dicho país no existe un tratamiento concreto del derecho a la propia imagen sino más bien se constata una vinculación entre derechos y valores que podrían afectar a la dignidad humana -entendida de manera general-, y las diferentes materias –civil y penal, sobre todo-, que tratan sobre los derechos propios de la dignidad (aunque no particularmente el derecho a la propia imagen), de tal modo que, por ejemplo, podría atentarse contra el derecho a la propia imagen y con ello afectar el honor,

sancionándose la transgresión del segundo o sus afines, según la materia que lo trate, pero no el derecho a la propia imagen como derecho autónomo[72].

c.6.- Colombia.

En Colombia, como en el caso chileno que hemos expuesto antes, la doctrina reconoce la existencia de estos derechos de la personalidad aunque no estén consagrados en el texto constitucional, aunque en el caso colombiano sí es reconocido el derecho a la intimidad como derecho fundamental en el art. 15 de de su Constitución Política de 7 de julio de 1991.

En ese sentido, la Corte Constitucional de Colombia en Sentencia 477/95, señala:

> *"De un lado, el artículo 29 inciso c), de la Convención Americana, nos permite comprender el efecto vinculante de otros derechos que, aún cuando no fueron expresamente recogidos por los pactos internacionales ratificados por Colombia, quedaron implícitamente garantizados en virtud de tal disposición.*
>
> La disposición contenida en el literal c) del artículo 29, establece *de un lado la expresa prohibición de excluir los derechos inherentes al ser humano y, por otra parte, otorga un amplio sentido de interpretación de los derechos inherentes a la persona, tal significación permite considerar el derecho a la identidad consagrado de manera implícita en todos los pactos o convenios de*

[72] MARTI, Luz del Carmen. Revista Letras Jurídicas, nº 8, julio 2003.

carácter internacional, y en consecuencia objeto de protección jurídica".

Lo que viene a reconocer dicha resolución es que el ser humano es titular de derechos por ser tal ser humano, sin que sea necesario que los mismos hayan sido reconocidos constitucionalmente para que gocen de protección

c.7.- Bolivia.

El artículo 16 del Código Civil boliviano, bajo la rúbrica "*Derecho a la imagen*", señala en su párrafo primero que "*cuando se comercia, publica, exhibe o expone la imagen de una persona lesionando su reputación o decoro, la parte interesada y, en su defecto, su cónyuge, descendientes o ascendientes pueden pedir, salvo los casos justificados por la ley, que el juez haga cesar el hecho lesivo*". Añadiendo su párrafo segundo que "*se comprende en la regla anterior la reproducción de la voz de una persona*".

Igualmente, el art. 23 del citado Código sostiene que "*los derechos de la personalidad son inviolables y cualquier hecho contra ellos confiere al damnificado la facultad de demandar el cese de ese hecho, aparte del resarcimiento por el daño material o moral*".

Como vemos, esta regulación civil no contempla el derecho a la propia imagen como un derecho de la personalidad autónoma del derecho al honor, pero la regulación constitucional -siguiendo la tendencia de las legislaciones más modernas sobre la materia-, sí lo hace, de tal modo que el art. 21 de la Constitución Boliviana reconoce de manera explícita tanto el derecho la propia imagen como el derecho a la intimidad y al honor. Derechos, por tanto, directamente aplicables de manera individualizada frente a cuya vulneración se "*concede a las víctimas el derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna*", según el propio art. 113.I.

En ese sentido, la tutela frente a las intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen podrá llevarse a cabo a través de dos mecanismos:

- La acción de cesación (tutela inhibitoria).

- La acción de responsabilidad por de daño moral (tutela resarcitoria).

c.8.- México

En México, como en otros muchos países, se ha privilegiado el análisis de las libertades informativas hasta el punto de que el derecho a la propia imagen no aparece tampoco expresamente recogido en la Constitución de 1917 como también es inexistente una configuración del derecho a la personalidad.

Sin embargo, sí contempla la Constitución en sus arts. 6, 7 y 16, la tutela de la vida privada.

En ese sentido, el art. 6 señala que "*la libertad de expresión tiene como límites el respetar los derechos de tercero*"; el art. 7 señala que "*la libertad de imprenta tiene como límite el respetar la vida privada*"; y el art. 16 recoge que "*nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones salvo en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento*", señalándose igualmente la *inviolabilidad del domicilio*, *las comunicaciones privadas* y *la correspondencia*.

El problema es delimitar cuándo se traspasan los límites, es decir, cuándo el ejercicio de la libertad de expresión o la libertad de imprenta (libertad informativa) vulnera la esfera privada pues no existe una legislación específica. Y aunque la Ley de Imprenta en su art. 1 formula un catálogo de actos considerados como ataques a la vida privada lo cierto es que dicha Ley es muy discutida por haber entrado en vigor antes que la propia Constitución (aunque la Corte Suprema la declaró válida hasta tanto el Congreso no promulgara otra).

Por su parte, es importante señalar que sí se recoge en el Código Civil Federal la obligación de reparar el daño moral cuando se infringe el honor, la

imagen o la dignidad de la persona, estableciéndose en su art. 1916 que "*por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos o bien la consideración que de sí misma tienen los demás*".

En definitiva, con mayor o menor extensión y con mejor o peor acierto, el derecho a la imagen es objeto de tutela en gran número de legislaciones tanto en países de nuestro entorno como en otros más alejados, bien sea por reconocimiento singular o bien a través de su reconocimiento diferenciado, como facultad integrada en otros derechos más amplios o incluso deducida desde distintos valores del ordenamiento.

4.- Los derechos de la personalidad en España: panorama general

De entrada, nuestro país no ha estado exento de la vieja controversia existente sobre los derechos de la personalidad, entre los partidarios de una concepción pluralista de estos derechos y aquellos que consideraban la existencia de un único derecho subjetivo de la personalidad. No obstante, la cuestión ha quedado solucionada y la doctrina española casi unánimemente defiende la posición pluralista, en cuyo ámbito, por cierto, *Rogel Vide*[73] entiende que los llamados bienes de la personalidad en la esfera del derecho privado constituirán los derechos de la personalidad propiamente dichos mientras que en la esfera del derecho público -particularmente el constitucional- se llamarían derechos fundamentales y libertades públicas.

Sin embargo, otros autores no lo consideran así. Por ejemplo, *Llamas Pombo* sostiene que los derechos fundamentales son todos los reconocidos en nuestra Carta Magna a partir del art. 14, mientras que los bienes de la personalidad son determinados derechos *que forman el*

[73] ROGEL VIDE, Carlos. "*Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*", Discurso de Ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 29 de marzo de 1976, Publicación del Real Colegio de España en Bolonia, 1985. Páginas 48 y ss.

patrimonio de la persona humana en su entidad psicológica, los cuales, además, adquieren rango fundamental[74].

Sea como fuere, hoy los derechos de la personalidad de que venimos tratando están constitucionalizados y desde ese aspecto son sin duda alguna derechos fundamentales.

No obstante, es indiscutible que antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, en nuestro país la persona como bien jurídico protegible no tenía una concreta y adecuada regulación, si bien, hemos de admitir que en la legislación penal sí existían figuras delictivas cuyo contenido podía reconducirse directa o indirectamente a la tutela de los derechos de la persona a través del derecho a la intimidad (hablamos de los delitos de injuria y calumnia), aunque también podía buscarse su protección al amparo del Código Civil, que establecía que la persona era titular de derechos en función de sus relaciones familiares o patrimoniales.

Por ello, la jurisdicción civil sólo intervenía cuando el perjuicio a la persona también conllevaba daños patrimoniales, cosa que implicó que los civilistas se desentendieran de las cuestiones relacionadas con los derechos de la personalidad dejando la protección de la persona en manos de las normas penales, como acabamos de exponer.

Esto era sí porque, efectivamente, hasta hace pocos años los derechos de la personalidad eran una categoría que vivía exclusivamente en la literatura jurídica, científica o jurisprudencial pero no en los textos legales[75], y no será hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978 cuando –por impulso del sector periodístico, los comunicadores y los juristas- llegue el pleno y expreso reconocimiento jurídico de estos derechos que llamamos inmateriales y que son los que ahora nos interesan: honor, intimidad y propia imagen.

---

[74]LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*. Madrid, Edit. Trivium, 1988. Página 29.
[75] BLASCO GASCÓ, Francisco de P. *Patrimonialidad y Personalidad… Opus cit*. Pág. 11.

Derechos que logran su reconocimiento constitucional a través de su inserción en el art. 18.1 CE –de cuya regulación, doctrina y jurisprudencia nos ocuparemos de manera extensa más adelante-, siendo expresamente regulados en el año 1982 a través de la Ley Orgánica 1/82, *de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, en lo que sin duda fue ciertamente un reconocimiento tardío.

Es verdad, según hemos señalado, que también una parte de la doctrina discute todavía si los derechos de la personalidad son auténticos derechos subjetivos -pues no cabría, según esa opción, que una misma persona fuera a la vez sujeto y objeto del derecho-, planteando si no estaríamos más específicamente ante bienes inmateriales susceptibles de especial protección. Sin embargo, la opinión mayoritaria entiende que los derechos de la personalidad tienen un evidente rango legal no sólo en la propia Constitución española de 1978 (artículos 15 a 18), sino también en la citada *LO 1/82,* e incluso en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo[76] y por ello, según esta opción mayoritaria, estaríamos ante auténticos derechos subjetivos ya que "*el sujeto del derecho es el ser humano en su dimensión física y ética mientras que el objeto recae sobre la manifestación de cada uno de los derechos de la persona, sean físicos (derecho a la vida) o morales (derecho al honor). Así, los derechos de la personalidad están conectados con la persona de la que traen causa siendo verdaderos derechos subjetivos de carácter autónomo. Por lo que el derecho de la personalidad protege las cualidades, partes, bienes, intereses, atributos, que adquieren propia autonomía como consecuencia de la protección separada del ordenamiento jurídico*"[77]

En ese sentido, podemos pues concluir, que los derechos de la personalidad son *derechos subjetivos derivados de la naturaleza humana y de la dignidad inherente a la persona, dirigidos a proteger la esfera más*

[76] MARTINEZ DE AGUIRRE, Carlos. *Curso de Derecho civil I. Derecho privado. Derecho de la Persona*. 3ª edición, 2008. Colex, pág. 266-267
[77] BAÑEGIL ESPINOSA, Miguel Angel. *Los Derechos de…* opus cit. pág. 323,

inmediata y estrictamente personal del ser humano, tanto en su vertiente física (derecho a la vida y a la integridad física), como en su ámbito espiritual (derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen)[78].

[78] PABLO CONTRERAS, Pedro de; PEREZ ALVAREZ, Miguel A.; PARRA LUCAN, Mª Angeles. *Derecho de la Persona*, Ed. Colex, 3ª edición, 2008, pág. 250.

III.- EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN ¿UN DERECHO AUTONOMO?

1.- Introducción

De lo expuesto hasta ahora no es difícil deducir que el Derecho a la propia imagen es un derecho casi en permanente argumento.

De hecho, para algunos autores y en algunas legislaciones próximas del ámbito de la Unión Europea –tal y como acabamos de ver-, el derecho a la imagen no constituye un derecho independiente o particularmente definido sino que forma parte del derecho al honor de las personas o se configura como un elemento del derecho a la intimidad. Tradicionalmente honor y propia imagen han venido siendo considerados como una manifestación de la personalidad.

En nuestro país, antes de la redacción de nuestra Carta Magna, la protección de los derechos de la persona estaba confiada al Código Civil, que establecía que la persona era titular de derechos en función de sus relaciones familiares o patrimoniales; sin embargo la consideración de la persona como bien jurídico protegible no tenía una concreta y adecuada regulación.

Ciertamente, nuestros civilistas se habían desentendido de las cuestiones relacionadas con los derechos de la personalidad -dejando la protección de la persona en manos de las normas penales-, porque en la tradición romanista de nuestro Derecho Civil los derechos de la personalidad gozaban de la más alta estima y protección, y por tanto, se suponía que no debían ser susceptibles de ninguna valoración económica, propia de las legislaciones de tradición germánica, lo que implicaba que en España la jurisdicción civil sólo intervenía –ya lo hemos indicado-, cuando el perjuicio a la persona conllevaba también daños patrimoniales.

De ello se derivó que en el período preconstitucional, las cuestiones relacionadas con los derechos de la personalidad se interpretaran a la luz del artículo 1.902 del Código Civil y mediante la tipificación en nuestro Código Penal de los delitos de injuria y calumnia.

Sin embargo, la Constitución de 1978 vino a cambiar radicalmente este panorama al incluir en su art. 18.1 los derechos de la persona (honor, intimidad personal y familiar y propia imagen) entre los derechos fundamentales.

Simultáneamente, y con el objetivo de evitar la colisión entre el ejercicio de la libertad de expresión y la defensa del honor de las personas, se redactó la Ley 62/1978 de 26 de diciembre, *de protección jurisdiccional de los derechos de la persona*, aplicable exclusivamente, según su articulo 1.2, a los derechos fundamentales que se consideraban vitales para la actividad política: expresión, reunión, asociación etc....

No obstante, pronto se advirtió que el ordenamiento jurídico seguía presentando importantes carencias en lo relativo a los derechos de la persona y se hizo necesaria la revisión de su tutela añadiéndose el honor, la intimidad y la imagen al ámbito de aplicación de la citada Ley 62/78, por Real Decreto 342/79 de 20 de febrero.

Más tarde, con la aprobación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional[79], se suscitaron ciertas dudas acerca del procedimiento aplicable para la protección de los derechos de la personalidad, por cuanto en su disposición transitoria 2ª se disponía:

> "*… En tanto no sean desarrolladas las previsiones del art. 53, 2, de la Constitución para configurar el procedimiento judicial de protección de los derechos y libertades fundamentales se entenderá que la vía judicial previa a la*

[79] Ley O. 2/79, de 3 de octubre

interposición del recurso de amparo será la contencioso-administrativa ordinaria o la configurada en la Sección 2.ª de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, a cuyos efectos el ámbito de la misma se entiende extendido a todos los derechos y libertades a que se refiere el expresado art. 53, 2, de la Constitución".

Entonces, para completar el sistema de garantías desarrollando los derechos fundamentales protegidos en el art. 18.1 CE y subrayando el carácter irrenunciable de tales derechos como integrantes de la personalidad del individuo, se promulgó la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, *de Protección del Derecho al Honor, a la intimidad personal y Familiar y a la propia imagen* (luego modificada por la Ley Orgánica 3/1985 de 29 de mayo).

2.- La regulación del derecho a la propia imagen en España como derecho autónomo

El reconocimiento que el art. 18 de nuestra Constitución hace del derecho a la propia imagen es singular, es decir, individual, sin embargo la Carta Magna no define qué debemos entender por tal derecho, como tampoco lo hace respecto del honor ni la intimidad. Ha tenido que ser la jurisprudencia quien se haya encargado de perfilar cuál es el ámbito de protección de cada uno de estos derechos de la personalidad.

En ese sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional han destacado que el honor, la intimidad y la propia imagen son derechos distintos con perfiles propios, si bien los tres presentan características comunes y estrechas líneas de contacto con otros derechos del art. 18 CE, singularmente con el secreto de las comunicaciones. Esa individualidad implica que la lesión de uno de ellos no tiene por qué provocar la lesión de los otros pero los rasgos comunes y los angostos márgenes de los que hablamos suponen que, en

determinadas circunstancias, un mismo hecho sí pueda suponer una intromisión en cualquiera de los dos o incluso en los tres derechos del art. 18.1 CE[80].

Una singularidad ésa que hace que cada uno de esos derechos se configure claramente en nuestro país como un derecho autónomo dentro de los derechos de la personalidad. Aunque no todos lo entienden así.

Efectivamente, hay sectores que lo interpretan como parte del derecho al honor de las personas e incluso hay quienes sostienen que la redacción en singular del art. 18 CE ("*se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal...*") induce a pensar que el constituyente consideró los distintos supuestos enumerados en dicho precepto constitucional como manifestaciones de un derecho único[81].

Pero también hay quienes piensan que se trata de un elemento del derecho a la intimidad y tampoco falta quien niegue que la imagen se pueda incluso configurar como un derecho subjetivo.

Ciertamente, hasta hace poco tiempo era frecuente encontrar demandas en las que el actor invocaba de manera unitaria la trasgresión de los tres derechos, confundiendo el ámbito de protección de cada uno de ellos; y aunque hemos de reconocer una vez más que resulta posible que un solo comportamiento pueda infringir el contenido de dos cualquiera de los derechos o incluso de los tres, hemos de admitir que su espacio de protección está claramente diferenciado.

Evidentemente, insistimos, es indiscutible que la reproducción de la imagen de una persona puede a la vez lesionar el honor o la intimidad, ya que la imagen puede ser captada en cualquier ocasión o durante cualquier acción del sujeto y en circunstancias tales que puedan exponerse momentos privados o íntimos cuya difusión podría suponer

[80] SSTC 156/2001, de 2 de julio; 14/2003, de 28 de enero; 83/02, de 22 de abril.
[81] RUIZ RODRÍGUEZ, Virgilio, *El Derecho a la libertad de expresión e información en los sistemas europeo e interamericano*. Ed. Universidad Iberoamericana, 2011, pág. 113

una ofensa, incluso superior a la propia difamación, pero tal cuestión simplemente agravaría el hecho propio de la reproducción de la imagen y no dejaría de evidenciar la estrecha relación entre estos derechos afines que venimos afirmando aunque, desde nuestro punto de vista, la independencia del derecho a la propia imagen es indiscutible.

Es verdad que inicialmente nuestro Tribunal Constitucional en alguna Sentencia pareció diluir la propia imagen en la intimidad personal al manifestar que aquélla formaba parte del ámbito de esta última, tal y como se advierte en la Sentencia 170/1987 de 30 de octubre, que señaló:

> *Los derechos a la intimidad y a la propia imagen garantizados por el art. 18.1 de la Constitución forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada. Salvaguardan estos derechos un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas. Y en este ámbito de la intimidad, reviste singular importancia la necesaria protección del derecho a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma y de datos y circunstancias pertenecientes a la intimidad que garantiza este precepto*

Sin embargo, podemos afirmar con rotundidad que la jurisprudencia española reconoce ya de manera concluyente la autonomía del derecho a la propia imagen. Baste señalar de forma expresa la Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2001 de 26 de marzo, que dejó meridianamente claro que los derechos al honor, intimidad y a la propia imagen *a pesar de su estrecha relación en tanto que derechos de la personalidad, derivados de la dignidad humana y dirigidos a la protección del patrimonio moral de las personas, tienen, no obstante, un contenido propio y específico*.

En la Fundamentación de dicha Resolución, dice el Tribunal que, efectivamente, los derechos del art. 18.1 de la LO 1/82 son derechos autónomos, de tal modo que al tener cada uno de ellos su propia sustantividad, la apreciación de la vulneración de uno no conlleva necesariamente la vulneración de los demás.

El carácter autónomo de esos derechos implica que ninguno de ellos tenga respecto de los demás la consideración de derecho genérico que pueda diluirse en los otros dos *pues la especificidad de cada uno de estos derechos impide considerar subsumido en alguno de ellos las vulneraciones de los otros derechos que puedan ocasionarse a través de una imagen que muestre, además de los rasgos físicos que permiten la identificación de la persona, aspectos de su vida privada, partes íntimas de su cuerpo o que se la represente en una situación que pueda desmerecer su buen nombre o su propia familia…*.[82].

Ello supone que cuando se denuncia que una determinada imagen gráfica ha vulnerado dos o más derechos del art. 18.1 CE, deberán enjuiciarse por separado tales pretensiones, examinando respecto de cada derecho si ha existido singularmente una intromisión en su contenido, sin olvidar que *si la publicación de la imagen de una persona vulnera más de uno de estos derechos de la personalidad, entonces aumenta el desvalor de la conducta enjuiciada*[83] .

En conclusión, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen son tres derechos distintos y *no un solo derecho trifonte* (STS 26 de febrero de 2009, Rec. 958/2006)[84] y tales derechos *no pueden ser mezclados ni confundirlos* (STS 24 de julio de 2012, Rec. 355/2011), pues se trata de derechos *que tienen en nuestro ordenamiento sustantividad y contenido propio, de modo que ninguno*

[82] En el mismo sentido STC 14/2003, de 28 de enero
[83] STC 156/2001, de 2 de julio

[84] En igual sentido STS de 31 de marzo de 2010, en Rec. 2118/2007.

queda subsumido en el otro, como si fuera una manifestación concreta de él (STC 81/2001, de 26 de marzo), lo que implica reconocer la posibilidad de que *un mismo comportamiento pueda constituir intromisión ilegítima en el ámbito de protección reconocido a todos o bien alguno sólo de aquellos derechos* (156/2.001, de 2 de julio); haciéndose necesario, por tanto, *poner en relación las circunstancias concurrentes con cada uno de esos derechos —honor, intimidad personal y propia imagen—, considerando cuáles son sus contenidos respectivos y cuáles los límites que les afectan e interesan al caso* (STS 16 de enero de 2009, Rec. 1171/2002).

Esa y no otra es la consecuencia de esta configuración autónoma, según señala la STC de 18 de noviembre de 2008.

A mayor abundamiento, aunque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha apreciado que el artículo 8 del Convenio Europeo de DDHH no permite construir un derecho autónomo a la imagen[85] -aunque sí lo admite como derecho integrado en otros más amplios, particularmente los derechos al honor o a la vida privada[86]-, el Tribunal Supremo recogiendo Sentencia de la Sala 1ª de 22 de febrero de 2006, sí admite que el Tribunal Constitucional en sus últimas sentencias "*le ha otorgado* [al derecho a la propia imagen] *un valor autónomo, distinto, por tanto, a los derechos a la intimidad y al honor, con los que se halla ligado en la formulación constitucional y en la LO 1/1982*" [87], lo que confirma su criterio

[85] CASADEVALL, Joseph, *El Convenio europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*. Ed. Tirant lo Blanc, Valencia 2012, pág. 324-325

[86] STEDH 1/2005, de 11 de enero. Caso *Sciacca contra Italia*. Una ciudadana italiana demanda contra la República de Italia por haber facilitado el Mº Fiscal una fotografía suya, publicada por la prensa, que formaba parte del expediente abierto para investigar ciertas irregularidades de gestión en un Colegio; determinando el Tribunal que la publicación de la fotografía violó el derecho al respeto a la vida privada y familiar (artículo 8 del Convenio). El Tribunal advierte en su resolución que la demandante no es una persona que se desenvuelva en un contexto público (personaje público o personalidad política) sino un particular que es objeto de unas diligencias penales, circunstancia especialmente relevante a la hora de ponderar cualquier denuncia de invasión de la vida privada *pues el ámbito de la intimidad es más estrecho cuando se trata de un personaje público que cuando se trata de un particular* y que la publicación de una foto sin autorización afecta a la vida privada.

[87] STS, Sala 1ª, de 25 de febrero de 2009, nº 124/2009

favorable al reconocimiento de la autonomía de este concreto derecho a la imagen.

Por todo lo expuesto, podemos concluir con *Rovira Sueiro*, que el derecho a la propia imagen es *un derecho autónomo, identificable y separable del derecho al honor y del derecho a la protección de la vida privada* [88], y desde luego, bien sea a través de su reconocimiento singularizado, bien sea –como algunos otros sostienen-, como derecho integrado en otros más amplios (singularmente los derechos al honor o a la intimidad familiar y personal), podemos también sostener que el derecho a la propia imagen disfruta en la actualidad de un reconocimiento y amparo constitucional generalizados.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional lo define como *el derecho de las personas físicas para determinar su propia identidad a través de la representación, difusión o reserva de su propia imagen, que en este sentido, sería única, diferenciada e irrepetible, constituyéndose, por tanto, en objeto de un derecho subjetivo*[89].

Por nuestra parte, diríamos que el derecho a la propia imagen se concreta en la facultad que tiene el ser humano para consentir o negar la captación o divulgación de su imagen o aspectos físicos externos que representen o evoquen diferenciada y singularizadamente su persona, haciéndole reconocible ante los demás.

Dicho de otro modo, el derecho a la propia imagen atribuiría a su titular la facultad de disponer de sus rasgos físicos impidiendo su divulgación salvo que mediare su consentimiento.

[88]ROVIRA SUEIRO, M.E. *El derecho a la propia imagen.* Editorial Comares SL, Granada, 2000, pág. 22.
[89] STC 14/03

3.- Bien protegido

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 7 de mayo de 2012, Rec. 1805/2010[90], señala expresamente que nuestro Tribunal Constitucional declara que el derecho a la propia imagen *se trata de un derecho constitucional autónomo que dispone de un ámbito específico de protección frente a reproducciones de la imagen que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima, defendiendo la salvaguardia de un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás. Por ello atribuye a su titular la facultad para evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico.*

Es más, el Tribunal añade que el aspecto físico constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo *en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual*[91] de modo que, según podemos advertir, el bien protegido constitucionalmente no es –para el Tribunal Supremo- tanto la mera reproducción gráfica de cualquier elemento corporal del individuo como la presencia o el efecto que ante la sociedad pudiera tener dicha divulgación en tanto que es la propia persona la que queda plasmada en aquélla. Añadiendo igualmente el Tribunal -como requisito previo para considerar afectado el derecho a la propia imagen-, *que, en los casos en que la publicación no identifique expresamente al aludido* [será suficiente con que] *los rasgos o la representación difundidos sin consentimiento de su titular permitan reconocer su identidad* (SSTC 156/2001, de 2 de julio; 14/2003, de 28 de enero, entre otras)[92].

Ello hace, en definitiva, que el derecho a la propia imagen –como derecho de la personalidad autónomo-, en tanto que derivado de la

[90] Ver también SSTS de 24 de julio de 2012, Rec. 355/2011, y 20 de julio 2011, Rec. 1089/2009.
[91] En igual sentido ATC 28/2004, de 6 de febrero
[92] SSTC 231/1988, 99/1994, 117/1994, 81/2001, 139/2001, 83/2002

dignidad humana, se entienda dirigido -también como los demás derechos de la personalidad-, a proteger la dimensión moral de las personas atribuyendo a su titular dos facultades: la primera, la de establecer qué información gráfica formada por sus rasgos físicos personales puede tener difusión pública; y la segunda -correlativa a la anterior-, la de impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual fuere la finalidad perseguida por quien la capta o difunde[93].

4.- Vertientes positiva y negativa del derecho

Lo visto hasta ahora nos permite afirmar, por tanto, que en su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen se configura como un derecho de la personalidad que concede a su titular una facultad de disposición y un derecho de impedimento. Por tanto, claramente podemos hablar de un doble aspecto:

- **positivo**: entendiendo por tal el derecho que cada persona tiene a captar, reproducir y publicar su propia imagen cómo, cuándo y dónde desee.
- **negativo**: el derecho que la persona tiene para impedir la obtención, reproducción, distribución y publicación de su propia figura por terceros, sin su consentimiento.

Dos dimensiones distintas que hacen que el derecho a la propia imagen, en tesis de Marc Carrillo, *proporciona a su titular la potestad de autodeterminación sobre el flujo de información gráfica generada sobre sí mismo, a fin de controlar su reproducción y difusión*[94].

Así también lo viene entendiendo de manera reiterada nuestro Tribunal Supremo, que en Sentencia de 1 de marzo de 2010 (Rec.

[93] STC 156/2001, de 2 de julio
[94] CARRILLO, Marc. *El derecho a la propia imagen como derecho fundamental*. Revista jurídica de Asturias, núm. 18, 1994, pág. 18.

154/2007) declara que *la imagen, tal como la ha definido la jurisprudencia en sentencia de 26 de febrero de 2009, es la representación gráfica de la figura humana visible y recognoscible, mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción, destacando los dos aspectos de facultad exclusiva del interesado a difundirla o publicarla y el de evitar su reproducción sin su consentimiento, salvo los casos previstos en el art. 8.2 del mismo texto legal*.

En su aspecto negativo –como derecho de abstención que conlleva-*, implicaría la existencia de un ámbito que debe ser respetado por los demás*[95]*, con independencia de cuál fuera la finalidad perseguida por aquel que capta o difunde la imagen*[96]. Es *en esta dimensión negativa donde el derecho a la propia imagen encaja perfectamente con el fundamento del reconocimiento constitucional del mismo*[97], es decir, *con la protección de un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad*[98].

En su aspecto positivo, implicaría la posibilidad de autorizar y consentir la utilización de la propia imagen -es decir, la posibilidad de traficar jurídicamente con la imagen como valor económico cuantificable-, propiciando también un tratamiento especial que, en todo caos, *no puede asimilarse fácilmente al derecho fundamental de la personalidad reconocido por la Constitución*[99].

Un ámbito este último que va a dar origen, mejor dicho, puede dar origen, a la mercantilización de la imagen.

Para Xavier O` Callaghan, este derecho lo ejercen en su aspecto positivo, entre otros, los actores, la persona que posa para un pintor o un

[95] M. Carrillo, "El derecho...", ob. cit., pág. 22
[96] STC 14/2003, de 28 de enero y 127/2003, de 30 de junio
[97] PASCUAL MEDRANO, Amelia, *El Derecho Fundamental a la Propia Imagen. Fundamento, Contenido, Titularidad y Límites*. Edit. Thomson-Aranzadi, 2003. Pág. 72
[98] STS 81/2001, de 26 de marzo, F.2.
[99] PASCUAL MEDRANO, A. *El Derecho Fundamental*…. Op. Cit. pág. 73.

fotógrafo, las modelos profesionales y, por supuesto, las personas públicas o cualquier persona en general[100].

En definitiva, se nos ofrecen dos visiones en lo referente a la protección de la imagen de la persona:

- una, la encargada de permitir su elaboración, que además también podría confluir en un consentimiento de publicación respecto de su uso (ámbito positivo).

- y otra, lo que oportunamente resulta no ya como derecho susceptible de explotación sino de protección como derecho fundamental personal e íntimo, que es el derecho a impedir su producción y, si esto sucediera, el derecho a ser resarcido.

5.- Aspecto personal y patrimonial de la imagen

El derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por terceros no autorizados se ajusta claramente al fundamento constitucional del derecho[101]. Pero nadie puede negar que la posibilidad de consentir la utilización de la propia imagen –autorización que impediría el tratamiento de intromisión ilegítima-, puede favorecer una patrimonialización de la imagen –la mercantilización de la que antes hemos hablado-, y esto ya no haría tan factible su asimilación al derecho fundamental de la personalidad en términos constitucionales.

Evidentemente, el art. 7.6 de la Ley O. 1/1982 reconoce de manera expresa como intromisión ilegítima la utilización, sin consentimiento, del nombre, la voz o la imagen de una persona **para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga**. Y el Tribunal Supremo, por su

[100] O´CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *La Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad, propia imagen.* Madrid, Revista de Derecho Privado, 1991, págs. 115-117
[101] STC 81/2001, de 26 de marzo

parte, admite que *comprobada la existencia de una utilización inconsentida de la imagen para fines comerciales, se ha producido una intromisión ilegítima en el derecho a la imagen*[102]*.*

En ese sentido, también nuestro Alto Tribunal en Sentencia de 19 de noviembre de 2008, declara que *el derecho que nos ocupa no solo protege frente a la difusión de la imagen con fines económicos ya que el derecho a la propia imagen no tiene esta protección tan limitada*, *como si tan sólo se tratara de preservar la imagen de la persona de aquellos ataques que tengan una finalidad económica, o de divulgación con fines publicitarios* (STS de 19 de noviembre de 2008). Sin embargo, el Tribunal Constitucional, que hace distinción entre los aspectos personales y patrimoniales de la propia imagen, en STC 81/2001 de 26 de marzo rechaza abiertamente que la vertiente patrimonial de la imagen forme parte del contenido del derecho fundamental.

Así, leemos en su Fundamento Jurídico número 5:

> "*Es cierto que en nuestro Ordenamiento —especialmente en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen— se reconoce a todas las personas un conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de su imagen. Sin embargo, esa dimensión legal del derecho no puede confundirse con la constitucional, ceñida a la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana y con la garantía de un ámbito privado libre de intromisiones ajenas.*

[102] STS, de 9 de mayo de 1988. Trata del uso de las fotografías de unos futbolistas profesionales en unas colecciones de cromos. Dicho uso se autoriza para una temporada a cambio de una contraprestación económica y, sin embargo, transcurrida dicha temporada, la empresa en cuestión siguió comercializando los cromos.

La protección de los valores económicos, patrimoniales o comerciales de la imagen afectan a bienes jurídicos distintos de los que son propios de un derecho de la personalidad y por ello, aunque dignos de protección y efectivamente protegidos, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen del art. 18.1 CE. Dicho en otras palabras, a pesar de la creciente patrimonialización de la imagen y de "la necesaria protección del derecho a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma" (STC 170/1987,de 30 de octubre, FJ 4), el derecho garantizado en el art. 18.1 CE, por su carácter "personalísimo" (STC 231/1988, FJ 3), limita su protección a la imagen como elemento de la esfera personal del sujeto, en cuanto factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo".

Tal diferenciación también se reseña en la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2006, de 15 de marzo, al establecer que no será procedente la intervención del Ministerio Fiscal cuando la controversia afecte exclusivamente a los intereses patrimoniales del menor (la Instrucción se dicta respecto de la actuación del fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores de edad) en casos en los que, por ejemplo, se hubiese celebrado un contrato de cesión mediante precio, en aspectos relativos a la imagen, y aparecieran con posterioridad diferencias en la interpretación o ejecución del mismo.

Lo que se nos viene a decir en definitiva es que los derechos relativos a la explotación comercial de la imagen tienen un reconocimiento legal pero no se hallan amparados a nivel constitucional, en cuya dimensión el derecho a la propia imagen consistiría en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de

un tercero no autorizado, sea cual fuere la finalidad perseguida, buscándose -en esa dimensión constitucional-, que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas. Y aunque el conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de la imagen *son dignos de protección, lo sería por otras vías pero no formando parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen constitucionalmente consagrado*[103], por lo que su proyección comercial se entendería como una modalidad más dentro del derecho a ejercer toda explotación lícita.

En ese sentido, cuando a una persona que destaca en el mundo de las artes, la ciencia o el deporte se le ofrece identificar su imagen con un producto o un servicio a cambio de un beneficio patrimonial, estaría más bien explotando económicamente un derecho patrimonial sobre su imagen que ejercitando aspectos parciales de su derecho personalísimo a la propia imagen[104]. Ello significa que, junto al derecho personalísimo que nos ocupa coexiste también un derecho patrimonial, autónomo, sobre la propia imagen.

En definitiva, estaríamos hablando, por un lado, de una dimensión personalísima y no patrimonial, como atributo de la persona, y por otro, de una dimensión personal y patrimonial, lo que supondría estar, sin duda, frente a un objeto de regulación jurídica que, dependiendo del modo en que se proyecte a la realidad, podría ser *res comercium o res extra comercium*[105].

No obstante, la doble dimensión -personalísima y no patrimonial y personal y patrimonial-, sigue ocasionando interrogantes en cuanto a la naturaleza jurídica del derecho subjetivo, siendo esta una cuestión que

[103] STC 156/2001, de 2 de julio de 2001.
[104] Ver STS, 1 de abril de 2003, sobre comercialización de cromos y el álbum correspondiente con la imagen de jugadores de fútbol sin su consentimiento.
[105] DE CARRERAS SERRA, Lluís. *Derecho español de la información*. Editorial UOC, 2003

dista mucho de ser nítida en nuestro ordenamiento. Prueba de ello es que la propia redacción del art. 7.6 de la LO 1/82 tipifica una conducta respecto de la propia imagen (la utilización para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga) que podría haber sido integrada en el apartado 7.5 (uso no autorizado con independencia de la finalidad), que está inserta, sin más, dentro del derecho a la propia imagen y que incluso no implica una particular regulación.

En todo caso, con la anteriormente citada Sentencia 81/2001, de 26 de marzo, el Tribunal Constitucional rechaza claramente que la vertiente patrimonial de la imagen forme parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen.

6.- La reparación del daño moral

En España, la existencia del daño moral ha venido incondicionalmente vinculada a la protección jurídica de los derechos de la personalidad, cuya propia naturaleza trajo como consecuencia que durante mucho tiempo su violación por parte de terceros no comportara consecuencia patrimonial alguna. Sin embargo, hace ya más de un siglo el Tribunal Supremo vino a reconocer la existencia del daño moral derivado de la lesión de los derechos de la personalidad. Fue concretamente a partir de su Sentencia de 6 de diciembre de 1912 cuando se inició una nueva era en la jurisprudencia española.

El caso en cuestión tuvo su origen en la publicación por parte del periódico *EL Liberal* de una noticia sobre la fuga de una joven de 16 años con un fraile, de quien habría quedado embarazada; señalando el citado artículo que el religioso se había suicidado cuando fueron sorprendidos a la salida del pueblo por un familiar de la joven.

La noticia resultó ser falsa y el Tribunal Supremo a demanda de la joven vino a reconocer el daño moral que la publicación había producido,

admitiendo que "*la honra, el honor y la fama de la mujer constituyen los bienes sociales de su mayor estima, y su menoscabo, la pérdida de mayor consideración que puede padecer en una sociedad civilizada….*", lo que llevó al Tribunal a considerar que era necesario reconocer este daño como uno de los más graves. De hecho, el Tribunal instaba al legislador a tenerlos en cuenta para legislar.

Frente a la tesis de la naturaleza sancionadora o punitiva de la indemnización por daños morales, el Tribunal -a través de su resolución-, se inclinó por la tesis de la naturaleza resarcitoria, considerando que, en relación a la cuestión del quantum indemnizatorio, *a nadie más que al Tribunal sentenciador corresponde dada la naturaleza del juicio, fijar su importe prudencial, atendiendo a las circunstancias de la ofendida, su edad, y su posición social*.

Otra Sentencia de similar contenido fue la de 11 de mayo de 1977 que declaró indemnizable el daño moral derivado de la lesión de los derechos de una mujer que vió cómo una enciclopedia divulgaba su fotografía bajo la cual se hacía constar una enfermedad incurable que padecía y que, por cierto, ella desconocía.

Esas y otras Sentencias han venido identificando la lesión de los derechos de la personalidad con la idea de daño moral, que consecuentemente habrá de ser resarcido por su causante.

En todo caso, la reparación del daño se llevará a cabo generalmente mediante una indemnización pecuniaria para cuya cuantificación, además las circunstancias del caso concreto, tendrán que considerarse las reglas generales de responsabilidad civil extracontractual: el demandante deberá acreditar la injerencia dañosa e igualmente deberá ser acreditado el perjuicio sufrido; aunque, respecto de los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la imagen de la persona, la Ley Orgánica 1/82 establece que la *existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima,* cuestión a la

que habría que añadir los criterios jurisprudenciales del Tribunal Supremo en el sentido de que *la indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma*[106]

[106] STS de 18 de febrero de 2013, en R.C. núm. 438/2011

IV.- TITULARIDAD DEL DERECHO: SUJETOS PROTEGIDOS

1.- Las personas físicas

El derecho fundamental a la propia imagen, como derecho de la personalidad vinculado especialmente a la dignidad humana[107], corresponde a toda persona simplemente por el hecho de ser persona.

Por tanto, las personas físicas serán indudablemente titulares naturales del derecho a la propia imagen (como también lo son del derecho al honor y a la intimidad), sean o no mayores de edad, estén o no incapacitadas (aunque su ejercicio en esos casos de minoría de edad o de incapacidad posean unas peculiaridades propias por razón de tales circunstancias), porque son las personas físicas, obvio es decirlo, las que tienen imagen física en sentido estricto. De ahí que nuestro Tribunal Supremo en Sentencia de 9 de febrero de 1989 hable de la imagen como "*representación gráfica de la figura humana, visible y reconocible"*, lo que descartaría de todo punto que pudiera hablarse de derecho a la imagen de las personas jurídicas.

En cualquier caso, todas las personas tienen reconocidos y garantizados los derechos de la personalidad pero según veremos a continuación no todas van a tener la misma protección, o mejor dicho, la misma intensidad de protección.

2.- El nasciturus

Un primer problema surge a la hora de determinar si antes de ser persona –también si después de serlo-, se es o no titular de derechos fundamentales y, por ende, del derecho a la propia imagen pues, como es

[107] PASCUAL MEDRANO, A. *El Derecho Fundamental a la…opus cit.* Pág. 107; CONTRERAS NAVIDAD, Salvador. *La Protección del Honor… opus cit.* Pág 24 y 25

sabido, los arts. 29 y 32 del CC establecen que la personalidad comienza con el nacimiento y se extingue con la muerte de la persona.

En ese sentido, el artículo 29 del C.c. establece que *el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables*, condicionado ello al cumplimiento de los requisitos del art. 30 del mismo cuerpo legal: nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno.

Por su parte, el Tribunal Constitucional tiene señalado que, en atención a lo dispuesto en el art. 15 CE *no hay inconveniente en reconocer que la vida humana en formación es un bien que constitucionalmente merece protección*"[108]. Doctrina que hay que poner en íntima relación con la dimanante de la Sentencia 53/1985 de 11 de abril, sobre la constitucionalidad de la iniciativa de ampliación de los supuestos de aborto voluntario, al establecer que *la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensiblemente configuración humana, y que termina con la muerte...* Y que concluye con la afirmación de *que la vida del nasciturus en cuanto éste encarna un valor fundamental –la vida humana- garantizado en el art. 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional*".

Con ello, nuestro Tribunal Constitucional viene indudablemente a otorgar protección a la vida del *nasciturus* reconociéndole como bien jurídico protegible aunque sin la calidad de derecho subjetivo.

El problema radica en determinar hasta dónde se protegen los derechos del *nasciturus*.

En ese sentido, aunque parece razonable entender a priori que el debate, por motivos que resultan obvios, debiera plantearse en relación a

[108] STC 75/1984, de 27 de junio de 1984

los derechos al honor o a la intimidad del ser humano en formación y no tanto al derecho a su propia imagen, es evidente que los avances de la técnica hacen hoy posible la reproducción de la imagen de un *nasciturus* incluso en forma tridimensional, diferenciando perfectamente los rasgos no sólo de las partes de su cuerpo sino de las facciones de su cara haciendo posible, por tanto, su reconocimiento, lo que justificaría una nueva dimensión en torno al debate sobre la extensión al no nacido de la protección del derecho a su propia imagen, que, parece conveniente, debería tener un tratamiento específico aunque limitado, cuanto menos por la vía de la protección de los derechos de la madre pues, evidentemente, en el caso del *nasciturus* no existe persona civil ni capacidad jurídica.

En relación a dicha postura, también la muerte extingue los derechos de la personalidad y sin embargo la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1982 dice que la memoria de la persona fallecida *constituye una prolongación de esta última que debe también ser tutelada por el Derecho* lo que implicaría que, si bien el fallecido no tiene capacidad de obrar sí tendría capacidad para ser titular de derechos –cuyo ejercicio sería traspasado a quien aquél hubiera designado en su testamento o, en su caso, a su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, o al Ministerio Fiscal (art. 4 de la precitada Ley), por lo que nada debiera impedir que, al igual que ocurre con posterioridad a la muerte de la persona, antes de su nacimiento también el concebido fuera titular de derechos fundamentales como bien jurídico individual merecedor de cierta protección, por otras vías distintas a la del derecho subjetivo, pero sí de cierto amparo en la medida en que su protección se convierte en una cuestión de interés legítimo.

Autores como *Pedro Grimalt* sostienen que *es claro que nada impide que el legislador pueda extender a su favor* [del nasciturus] *los derechos del artículo 18 de la Constitución*[109].

3.- Menores de edad

3.1 Delimitación

Se considera que es menor de edad aquél que no ha alcanzado la mayoría de edad. Sin embargo, evidentemente, este axioma es insustancial porque hacemos una definición tomando otro concepto -el de mayor edad-, tan impreciso como aquel que pretendemos definir.

Pero también es un principio relativo porque su determinación depende rigurosamente de lo que establezca la legislación de cada país y en cada momento.

En todo caso, podemos establecer de manera genérica que la minoría de edad abarca toda la infancia y casi toda la adolescencia de la persona y aunque no existe un criterio único y universal la mayoría de los países occidentales han señalado que es *menor de edad* quien no ha cumplido los 18 años.

En lo que respecta a España, según lo dispuesto en el art. 1 de la LO 1/96, de 15 de enero, de *Protección Jurídica del Menor*, podemos afirmar que son menores de edad las personas de menos de 18 años que se encuentren en territorio español, salvo que otra Ley que les pudiera ser aplicable les reconociera la mayoría de edad en virtud de lo dispuesto en aquélla. Definición que también es conforme con lo prevenido en el art. 1

[109] GRIMALT SERVERA, Pedro, *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*. Ed. Iustel. Madrid, 2007, pág. 44.

de la Convención de Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989[110].

Precisamente el art. 16 de la citada Convención reconoce, entre otros, el derecho de los menores a la intimidad personal y familiar, domicilio, correspondencia, honra y reputación. Derechos que, una vez reconocidos en los Tratados Internacionales, si son ratificados por los Estados, entrarán –como sabemos-, a formar parte de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos.

En el caso español, la Convención sobre los Derechos del Niño encuentra su traslado en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de *Protección jurídica del menor*, que recoge y positiviza los derechos fundamentales y de la personalidad de los menores que se encuentren en territorio español, sean aquellos nacionales o extranjeros, y en cuyo artículo 4 se señalan expresamente el derecho a la propia imagen, al honor y a la intimidad.

Pero los menores, en este ámbito de los derechos de la personalidad de que tratamos, no solo cuentan en España con la protección específica que les ofrece la LO 1/1996, de 15 de enero, o la LO 1/1982, de 5 de mayo, sino que también se ven amparados por la Ley 7/2010, de 31 de marzo, *general de la comunicación audiovisual*, que asimismo protege sus derechos a la intimidad y propia imagen.

3.2 Su representación

Esencialmente, la minoría de edad –como ya hemos afirmado-, se instituye para indicar la carencia de madurez del individuo y, por tanto, su limitación para llevar a cabo determinadas actividades más propias de la edad adulta, tales como trabajar, contratar, hacer testamento o vivir solo, pero también para eximirle de responsabilidad en aquellos actos en que, de otro modo, podrían serle imputados. Por tal motivo, y también para

[110] Adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

evitar que los adultos utilicen los beneficios que a veces la ley ofrece a los menores, la propia ley establece limitaciones respecto de la capacidad, derechos y obligaciones del menor.

En ese sentido, nuestro Código civil en su art. 162 señala que los padres que ostenten la patria potestad de sus hijos menores no emancipados tienen la representación legal de éstos con la excepción de "*los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo*".

Tal disposición significaría, sensu contrario, que en el ámbito de los derechos de la personalidad y cuando no hubiera suficiente madurez del menor, siempre entraría en juego la figura de la representación legal.

Esta es la misma interpretación que se desprendería de lo dispuesto en el art. 3 de la *L. O. 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, al señalar dicha norma que los menores que tengan suficiente madurez deberán prestar por sí mismos el consentimiento a las intromisiones en su derecho y de no ser así "*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*" el cual podrá oponerse en su caso.

Evidentemente, la actuación del representante está condicionada a la voluntad del menor pues aquél no puede por sí mismo sustituir la voluntad de este último y al tenor de lo dispuesto en el art. 162 CC –como acabamos de señalar-, su intervención está supeditada a si el menor tiene madurez suficiente para manifestarse. De hecho, en el caso del art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, el menor tiene que ser oído.

Ello significa que cuando se trate de menores sin condiciones de madurez para prestar el consentimiento, este sólo podrá procurarse a través de su representante legal (art. 3.2 de la LO 1/96). Pero dicho

consentimiento no basta por sí solo para la validez del acto de disposición ya que para su eficacia será necesario además el consentimiento del representante legal y la cooperación del Ministerio Fiscal, *cuya intervención actúa a modo de asentimiento, autorización o ratificación*[111].

En todo caso, el representante legal del menor deberá otorgar el consentimiento por escrito y además habrá de ponerlo previamente en conocimiento del Ministerio Fiscal (artículo 3.2) y únicamente con la intervención de éste el consentimiento surte efecto.

Si hay oposición del Ministerio público sólo cabría la aprobación mediante resolución judicial.

Por tanto, en el ámbito de los derechos de la personalidad del menor hablamos de una representación especial ya que la actuación de los padres exige la previa intervención del menor, al menos indirectamente. Esto es así porque, en la medida en que los derechos de la personalidad son inherentes a la persona -y calificados, por ello, como derechos subjetivos-, hemos de concluir necesariamente, como hace la profesora *De Lama Aymá*, que tales derechos *sólo podrían ser ejercidos por su titular, en este caso el menor de edad*[112].

No obstante, la LO 1/1982 obliga a determinar si el menor de edad reúne las condiciones de madurez suficientes como para que pueda él mismo prestar su consentimiento, cuestión que tiene una trascendencia esencial pues si la respuesta es afirmativa, el consentimiento del menor será entonces suficiente para justificar una intromisión en sus derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen (art. 3.1).

---

[111] STS 7 de octubre de 1996

[112] DE LAMA AYMA, Alejandra, *La protección de los Derechos de la personalidad del menor de edad*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 67, donde señala: "… *en la esfera de la personalidad la protección pasa por renunciar, como regla general, a la representación porque solo así se respeta al menor como persona, lo cual no significa que no existan otros medios para evitar que el menor sufra perjuicios o que la representación legal no pueda actuar de forma excepcional*".

En todo caso, el art. 4.3 de la L.O. 1/1996 *de protección jurídica del menor*, prevé que el consentimiento del menor de 18 años no será suficiente para legitimar la intromisión ilegitima cuando se utilice su imagen o su nombre en modo tal que su honra o reputación pueda sufrir menoscabo o sea contraria a sus intereses.

Por otro lado, si el menor de edad no emancipado no tiene las condiciones de madurez suficientes entonces su consentimiento –al igual que en el caso del incapaz-, habrá de ser otorgado por escrito por su representante legal, quien a su vez estará obligado a ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal. Y si en el plazo de 8 días el Ministerio fiscal se opusiera, el Juez resolverá (art. 3.2 de la LO 1/82).

Con ese mecanismo es evidente que lo que se pretende es reforzar la protección del menor y evitar así, por ejemplo, la posible manipulación por parte de sus propios representantes legales.

Pero en tal caso ¿Cuál es el criterio que debe presidir la actuación de los fiscales y jueces en este sentido?.

Parece razonable sostener que debe primar ante todo el superior interés del menor en cuanto que debe prevalecer su desarrollo personal y su proceso educativo, de ahí que consideremos que nunca debería ceder su derecho a la propia imagen, excepto que con ello saliera beneficiado su propio interés y no los intereses de terceros.

En todo caso, las previsiones de la LO 1/82 se vieron no solo ampliadas sino incluso modificadas por la antedicha Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, en cuyo art. 4º apartado 1º se señala que el menor es titular de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, estableciendo en su apartado 2º que la difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que pueda implicar una intromisión ilegitima 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.

3.3 El consentimiento

De las prevenciones de la citada Ley 1/96 resulta especialmente llamativo lo dispuesto en el art 4.3 al señalar que se considera intromisión ilegitima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, cualquier utilización de la imagen o el nombre del menor en los medios de comunicación siempre que pueda implicar menoscabo o que sea contraria a sus intereses, **incluso aunque constara el consentimiento del menor o de sus representantes legales**.

Desde nuestro punto de vista esto modifica las previsiones de la LO 1/82, que no establecía ninguna limitación a este respecto. Eso sí, la restricción nos parece más que razonable pues no sería admisible que los padres pudieran hacer lo que les viniera en gana, máxime si se actuara o pudiera actuar en perjuicio de los intereses del menor.

Por tanto, si al tenor de lo dispuesto en el art. 29 CC el menor de edad –en cuanto ser humano-, adquiere desde su nacimiento los derechos de la personalidad, inexcusablemente hemos de establecer, por un lado, que es titular de tales derechos desde que nace, y por otro, que sólo los pierde al momento de su fallecimiento, según lo prevenido en el art. 32 CC. Si bien, al tener limitada su capacidad de obrar, sólo podrá ejercerlos cuando tenga suficiente capacidad de autogobierno (arts. 162.2 CC).

No obstante, hemos de convenir que aún cuando el menor no tenga suficiente capacidad de autogobierno sí podrá poner en ejercicio esos derechos en determinadas circunstancias y con determinados límites -directa o indirectamente-, pues a nadie se le escapa que un menor puede comprar un caramelo, una entrada de cine, participar en un anuncio publicitario o en un concurso o incluso protagonizar una película, como de hecho viene ocurriendo habitualmente.

3.4 Su especial protección

Expuesto lo anterior, si el ordenamiento jurídico debe garantizar la tutela de los bienes jurídicos es indudable que si hablamos de menores de edad esa tutela habrá de ser necesariamente aún mayor. Y si los bienes de los que hablamos son los derechos de la personalidad, esa responsabilidad es todavía más alta pues estamos hablando de *derechos inviolables de la persona que, incluso con sus limitaciones, constituyen el fundamento del orden político y de la paz social, según el artículo 10.1 de la Constitución*[113] por lo que la protección de los bienes jurídicos de la personalidad se convierte así en una cuestión de orden público.

Y como garantizar la tutela de los valores y derechos constitucionales es tarea del Estado, las Instituciones públicas y especialmente el Ministerio Fiscal -personas ajenas ciertamente a la titularidad del derecho subjetivo-, tales entes estarán no sólo legitimados sino obligados a intervenir para proteger los bienes jurídicos de la personalidad del menor sobre la base del interés legítimo, que se concreta sencillamente en que tales derechos queden salvaguardados.

Jurisprudencialmente, las resoluciones de nuestros Tribunales gravitan en torno a esa especial protección. En este sentido, es significativa la STS Sala 1ª, nº 383/2015, 30 de Junio de 2015, en cuyo supuesto la madre representante de un menor solicitaba la declaración de existencia de intromisión en el derecho a la propia imagen de su hijo por la divulgación de unas fotografías del menor -sin el consentimiento de los progenitores-, que una Fundación cultural había realizado mediante la cesión de las imágenes a favor de un determinado Museo, concretamente el Museo de la Ciencia de Valladolid.

En la demanda se exponía que tras una breve estancia en dicha Ciudad durante el verano de 2010, la actora había comprobado que en una de las publicaciones mensuales de una determinada revista de

[113] SSTC 159/1986, de 12 de diciembre y 254/1988,de 21 de diciembre, entre otras.

información cultural se hallaba expuesta la fotografía de su hijo menor ilustrando un evento organizado por el Museo de la Ciencia, cuya imagen se utilizaba para apoyar de un modo gráfico determinada información sobre unas exhibiciones de cetrería.

En primera y segunda instancia la demanda fue desestimada[114] lo que hizo que la actora interpusiera el correspondiente recurso de Casación ante el Tribunal Supremo. En dicho Recurso la demandante básicamente alegaba que se había vulnerado lo dispuesto en el art. 4.3. de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor, y concordantes de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, porque las imágenes habían sido realizadas –según decía-, dentro del ámbito familiar (las había tomado un tío del menor, en aquel momento Director de exposiciones del Museo), y habían sido tomadas a presencia de la madre para uso privado y particular -según señalaba la actora-, y nunca con intención de que fueran difundidas.

La justificación de la desestimación en primera y segunda instancia fue que si bien el núm. 6 del art. 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, consideraba intromisión ilegítima la utilización de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga, y aunque la norma específica de aplicación, tratándose de menores, era el art. 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, que en su inciso 3 establecía que se consideraba intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de la imagen o el nombre del menor en los medios de comunicación que pudiera implicar menoscabo de su honra o reputación, o que fuera contraria a sus intereses (incluso aunque constara el consentimiento del menor o de sus representantes legales), lo cierto es que según el Tribunal no se apreciaba intromisión ilegítima porque no concurrían los requisitos para apreciarla y que el Tribunal concretaba en:

[114] Sentencia de la AP de Pontevedra, Sala Sexta, derivada de autos de Juicio Ordinario núm. 554/2012 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Vigo

a) la utilización de la imagen del menor en un medio de comunicación

b) que el uso de esa imagen respondiera a fines publicitarios, comerciales o de similar naturaleza

c) la inexistencia de consentimiento para la publicación

d) que la publicación de la imagen pudiera comportar menoscabo de la honra o reputación del menor o fuera contraria a sus intereses.

Concluyéndose, tanto en primera como en segunda instancia, que no cabía apreciar la concurrencia del último de los requisitos, ni en función del modo de obtención del fotograma (el autor era, como hemos dicho, tío del menor y la imagen se tomó estando presente la madre); ni por razón del contenido visual de la imagen (el menor aparecía en brazos de su tío junto a un ave tratando de acariciarla); ni por razón de la causa de elección de la fotografía (se decía que resultaba estéticamente bella y atractiva); ni en atención a la finalidad de la publicación (ilustrar una información de un evento dirigido a un público infantil y familiar); ni por el tipo de revista (destinada exclusivamente a familias con niños y suministrada gratuitamente en determinados Centros de la ciudad de Valladolid, tales como la Oficina de Turismo, Salas de Exposiciones Municipales, Bibliotecas y Centro Cívicos); como tampoco en consideración a la eventual repercusión de la publicación pues habían transcurrido seis años desde la obtención de la imagen y, además, la residencia del menor se ubicaba a más de cuatrocientos kilómetros de la zona de difusión de la revista.

Igualmente señalaba el Tribunal que la publicación de la imagen no suponía ningún quebranto para la reputación o consideración social del menor ni se habían contrariado en modo alguno los intereses del mismo, no constando –decía la Audiencia-, *circunstancias determinantes de un daño o perjuicio para el menor.* Y citaba la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 mayo 2010.

Sin embargo, recurrida la Sentencia en Casación, el Tribunal Supremo estimó el recurso y casó la Sentencia sobre la base de la especial protección que debe darse a los menores según previene la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, *cuyo artículo 7.5 considera intromisión ilegítima la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2 LPDH, y, después, en el artículo 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica de Menor, según el cual 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*.

Esa especial protección, *reforzada* –según señalaba la Sentencia- *en el ámbito internacional y especialmente enfatizada por el artículo 39.4 de la CE*, *ha sido reconocida por la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, citándose expresamente la STC 158/2009, de 29 de junio, de cuyos argumentos destaca el siguiente:

> *"En la captación y difusión de fotografías de niños en medios de comunicación social, es preciso tener en cuenta (...) que el ordenamiento jurídico establece en estos supuestos una protección especial, en aras a proteger el interés superior del menor… Ni existe un interés público en la captación o difusión de la fotografía que pueda considerarse constitucionalmente prevalente al interés superior de preservar la captación o difusión de las imágenes de los menores en los medios de comunicación...".*

Igualmente el Tribunal hace referencia a la STC de 8 de mayo 2013, recordando que en garantía de un ámbito privativo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas debe impedirse *"la obtención, reproducción o publicación por un tercero de una imagen que contenga los rasgos físicos que permita reconocer su identidad" c*oncluyendo el Tribunal que, en el caso examinado, *ni la forma en que se obtuvo la imagen ni el contenido visual de la fotografía "estéticamente bella y atractiva", ni la finalidad de la publicación ni su mayor o menor repercusión, son datos que pueden ser valorados*. La intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen –señala el Alto Tribunal-, se produce en virtud del artículo 4 de la Ley 1/96 PJM por la inclusión de la imagen del menor en una revista "*con independencia de los fines perseguidos por su publicación o de que pudiera o no afectar a la reputación del afectado, lo que permitiría entrar en juego la vulneración de otros derechos fundamentales, como el honor y la intimidad personal*".

El acento de la relevancia como causa limitativa del derecho lo sitúa el Tribunal en la *imprescindibilidad* del uso de la imagen en atención a sus fines y cita la STS 19 de noviembre 2008, señalando igualmente que en este caso la imagen no era necesaria, y añadía: *en todo caso, el derecho se vulnera, también, aunque la reproducción de la imagen de una persona, sin su consentimiento, se haga sin fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga (SSTS 27 de marzo 1999; 24 de abril de 2000; 19 de noviembre 2008).*

En definitiva, que lo decisivo es no haberse acreditado la existencia del consentimiento necesario para su publicación, con independencia de que la propia divulgación se hubiera producido sin propósito lucrativo y aunque no hubiera existido menoscabo de la honra o reputación del menor o la publicación no hubiera ido contra los intereses del menor.

Pero más interesante, si cabe, es la STS núm. 1120/2008, dictada por la Sala de lo Civil, Sección 1, en Recurso de Casación núm. 793/2005, sobre la difusión en el diario ABC (tanto en soporte papel

como en versión digital), de la fotografía de dos menores ataviados con traje regional en la Feria de abril de Sevilla.

La demanda que dio origen al procedimiento tenía por objeto la solicitud de la tutela judicial del derecho a la propia imagen de dos menores, interpuesta contra el citado diario por sus respectivos padres, por la publicación en el año 2000 de una fotografía captada en el Real de la Feria de Sevilla en la que aparecían los hijos de los actores, niño y niña menores de edad, vestidos con trajes típicos andaluces sentados en la parte trasera de un coche de caballos, iniciando el gesto de darse un beso.

Lo curioso del caso es que dicha fotografía había sido utilizada el año anterior por el diario ABC para ilustrar algunos momentos de la Feria de abril de Sevilla de 1999 sin contar con el consentimiento de los padres de los menores pero sin que aquella primera publicación hubiera sido objeto de reclamación alguna por parte de los padres aunque, según admitieron éstos, habían tenido conocimiento en su momento de la publicación inconsentida de la misma.

Sin embargo, cuando al año siguiente el mismo diario utilizó la referida imagen para el anuncio de la Feria del año 2000 (siendo incluida además en la página web del diario ABC de Sevilla, donde había sido archivada durante años), los actores reaccionaron interpelando la defensa del derecho a la propia imagen de sus hijos mediante la correspondiente demanda.

Celebrado el correspondiente juicio, el Juzgado de Primera Instancia nº 19 de los de Sevilla (Sentencia de fecha 8 de junio de 2004), resolvió estimar la reclamación y declaró que la publicación de la fotografía de los hijos de los demandantes constituía una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen y a la intimidad y condenó al medio demandado a indemnizarles en determinada cuantía.

Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Sevilla, la cual en fecha 14 de enero de 2005 dictó Sentencia por la que, estimando el recurso de apelación interpuesto por la parte condenada -y la adhesión al recurso formulada por el Ministerio Fiscal-, revocó la resolución de la primera instancia y en su lugar, con desestimación íntegra de la demanda, absolvió a las demandadas[115].

En sus Fundamentos, la Audiencia Provincial consideraba que la publicación de la fotografía no vulneraba ni el derecho al honor ni el derecho a la intimidad ni a la propia imagen, y señalaba la inconsistencia de los propios demandantes, que habían admitido la legitimidad de la publicación de la fotografía por primera vez, y, sin embargo, un año más tarde consideraban que la misma imagen vulneraba el derecho de los menores.

Igualmente, entre sus argumentos la Audiencia señalaba que la publicación de la fotografía no tenía ningún contenido perjudicial para los niños, ni tampoco se había hecho con *"un ánimo directo comercial o publicitario de ningún producto o mercadería"*, sino que se trataba de la publicación de una imagen *"que en el sentir social tiene una gran belleza, dulzura y arte"*, cuyo objetivo era anunciar un acontecimiento muy importante para Sevilla, *"del calado social, cultural y tradición que tiene la Feria de Abril"*, por lo que, en opinión de la Sala, la diferencia con la primera publicación no aparecía nítida.

En cuanto a la página Web, la finalidad de la publicación era –según admitía la Audiencia Provincial-, *"adornar con estampas de la Feria una guía de las fiestas de Sevilla, con fotos que fueron tomadas en la propia Feria"*.

[115] Rollo número 6644/2004, dimanante del Juicio Ordinario de Protección de Derecho a la Propia Imagen 1149/2003 del Juzgado de Primera Instancia núm. 19 de Sevilla.

Frente a dicha Sentencia los actores interpusieron Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo, argumentando que si bien la difusión por primera vez de la imagen podía estar amparada por el art. 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, la posterior utilización de la fotografía *"con fines publicitarios"* vulneraba claramente el art. 7.6 de la citada Ley, y negaban, igualmente, que en el caso de autos hubiese habido interés general o interés cultural en la difusión de la imagen o que la imagen pudiese ser calificada como accesoria de la información ya que, en todo caso, no se había contado con el consentimiento de los representantes legales de los menores.

Por su parte, los recurridos -diario ABC, papel y digital-, opusieron, en primer lugar, que había transcurrido el plazo de cuatro años determinado por la ley para el ejercicio del derecho de protección; y en segundo término, que la fotografía había sido tomada en un lugar público, que no dañaba la imagen de los menores y que no se hacía ninguna mención respecto de la identidad de los menores. Añadiendo como tercer argumento que los padres no se habían opuesto ni hecho manifestación alguna en contra de la publicación de la fotografía por primera vez y que, por lo tanto, el medio periodístico lo único que había hecho era una utilización de su archivo, sin que tal uso pudiera ser considerado –según la parte demandada-, como realizado con fines comerciales sino más bien con una finalidad ilustrativa de la festividad que se anunciaba.

En el asunto objeto de litigio, es interesante destacar varias cuestiones: primera, que la fotografía objeto de litis ya había sido publicada en el diario ABC en abril de 1999, en páginas interiores; segunda, que la misma imagen era la que se volvía a publicar en la portada del mismo diario –mejor, dicho, en un suplemento del mismo-, en abril de 2000, difundiéndose la misma fotografía en la edición digital del citado periódico; y tercera, que los actores no

habían ejercitado ni en nombre propio ni en el de sus hijos menores acción alguna de protección del derecho a la imagen de los niños al momento de la primera publicación por considerar, entonces, que aquella publicación "*podría estar amparada por el artículo 8.2 de la ley específica por cuanto se hallaban en un lugar público*".

En cuanto a las respuestas a estas cuestiones, son paradigmáticas las soluciones que ofrece el Tribunal Supremo.

Comenzaremos por la última cuestión: posible amparo bajo el apartado 2 del art. 8 de la LO 1/82, por tratarse de un lugar público.

Pues bien, en ese aspecto el Tribunal señala que "*atendiendo al tenor de la ley, dicha* publicación [referida a la primera ocasión] *debería haber contado con el consentimiento expreso de los padres de los niños, e, incluso, contar con el beneplácito del Ministerio Público*". Sin embargo –señala el Tribunal-, "*dicha cuestión únicamente puede ser tratada efectos ilustrativos, por no versar sobre ella el presente litigio*". Esto parece indicar que el Tribunal, en su caso, hubiera sido proclive a declarar intromisión ilegítima también la primera publicación a pesar de que los actores parecen admitir que cabría aquélla primera ingerencia al amparo del art. 8.2 de la Ley 1/82.

En cuanto a la cuestión de que los padres ejercitaran la acción correspondiente sólo en la segunda ocasión y no en la primera, el Tribunal hace un análisis desde un doble punto de vista: en primer lugar, señala que es incontrovertido que los padres de los menores no prestaron su consentimiento para que la imagen fuese utilizada por la parte demandada en las ocasiones en que lo fue durante el año 2000 – en soporte papel y en la página web de la edición digital, durante un largo espacio de tiempo-, y por tanto, dice el Tribunal -sin entrar en otras valoraciones-, que *"la acción de las entidades mercantiles demandadas vulneró lo dispuesto en el art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo".* Y añade que, en ningún

caso, puede ser de aplicación la argumentación esgrimida por los demandados de que *"los niños se encontraban en un lugar público, vestidos de traje típico de la Feria de Sevilla y expuestos en un carro de caballos para ser vistos por todos"* porque la participación y la actitud festiva de los progenitores no puede ser interpretada –dice el Tribunal-, en el sentido de autorizar a cualquier medio de comunicación, organismo público o particular *"a la utilización indiscriminada de una imagen, por muy bella que sea, de los niños"*, ya que no puede olvidarse –añade el Tribunal-, que dicho consentimiento nunca puede entenderse que se preste "*de forma tácita"*, sin que el silencio de los padres ante la primera vez que se publicó la fotografía pudiera entenderse como tal pues *"como establece el art. 3.2 de la Ley Orgánica, el consentimiento, además de expreso, ha de ser prestado por escrito"*.

Ello significa que el Tribunal antepone el consentimiento sobre el concepto de lugar público, fuese cual fuese el fin de la divulgación.

Como segundo punto de vista y respeto del pretendido interés cultural, el Tribunal señala que tampoco es admisible acudir a tal justificación pues *"como ya ha mantenido esta Sala en otras ocasiones* [expresamente señala la Sentencia de 7 de octubre de 1996]*, la referencia al interés cultural no puede ser una patente de corso de los organismos oficiales [ni, con mayor motivo, de los particulares] para amparar intromisiones ilegítimas en los derechos fundamentales de las personas físicas. Sino que por el contrario debe tratarse de satisfacer el interés cultural respetando el derecho de los ciudadanos y sin intromisiones ilegítimas en los mismos, las cuales sólo quedarán amparadas cuando sin ellas no sea dable atender al necesario interés cultural"*.

Como vemos, para el Tribunal la relevancia como causa limitativa del derecho se sitúa, una vez más, en la imprescindibilidad del uso de la fotografía en atención a sus fines.

En cuanto a la posible accesoriedad de la imagen, que podría exculpar la eventual aparición de la imagen accesoria de un menor en la publicación de la fotografía, tampoco se acepta porque, dice el Tribunal, resulta obvio que la imagen aparece de forma destacada y en portada.

Para reforzar todavía más su anterior razonamiento, el Tribunal destaca que el art. 7.6 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, entiende como acto de intromisión ilegítima, la utilización del nombre, la voz o la imagen de una persona *"para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga"*. De tal modo que aunque los niños fuesen adultos con plena capacidad de obrar y aunque la fotografía no menoscabara su honra o prestigio *"por ser bella, tierna o artística"*, el uso de la imagen con fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga, sin el consentimiento expreso de sus titulares, es para el Tribunal un acto de intromisión en el derecho a la imagen.

En lo que respecta al fin comercial, el Tribunal entiende que aunque con la publicación de la fotografía en la portada del periódico no se buscara obtener un mayor volumen de ventas, *"a nadie se le escapa que la utilización precisamente de esa imagen de archivo y no de otra, tenía por finalidad captar la atención del potencial comprador del periódico del día siguiente o del mismo día en que el suplemento aparecía, para hacer el producto atractivo, agradable, tierno y cercano, lo que se traduce, indudablemente, en la garantía de obtener un número suficiente de ventas"*.

Como vemos, en relación a ese criterio "*comercial*" es evidente que el Tribunal hace una aplicación extensiva de lo que se entendería por "fines publicitarios, comerciales o análogos" negando una protección tan limitada como la que pretendía el medio de comunicación demandado como si la Ley únicamente tratara de preservar la imagen de la persona de aquellos ataques que tuvieran una finalidad económica o puramente comercial. Interpretación

amplia, por cierto, que no es la primera vez que se hace (así, STS de 7 de octubre de 1996), y que supone en definitiva que la imagen, al igual que el honor o la intimidad, constituye hoy un derecho fundamental de la persona consagrado en el art. 18.1 CE, que pertenece a los derechos de la personalidad con todas las características propias de estos derechos que se concreta –tal y como venimos sosteniendo-, en la facultad exclusiva del titular de difundir o publicar su propia imagen, pudiendo su titular, consecuentemente, evitar o impedir la reproducción y difusión de la misma, con independencia de cuál fuere la finalidad de ésta. Resultando que, en el caso de los menores de edad, *la difusión de cualquier imagen de éstos ha de ser reputada contraria al ordenamiento jurídico siempre que no medie el consentimiento de los padres o de los representantes legales de los menores, con la anuencia del Ministerio Fiscal*[116].

Incluso se ha llegado a entender vulnerado el derecho a la propia imagen, aún cuando hubiera existido consentimiento no solo de quien tuviera a cargo al menor sino incluso del propio menor, si la imagen se hubiera captado en el ámbito privado pues *no deberían ser sacrificados los derechos de la personalidad aunque se tratase de comunicar una información exenta de ánimo de lucro y hasta socialmente relevante por la finalidad que pretendía,* según Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2004[117].

3.5 Menores famosos o hijos de famosos

Cuestión más compleja es la relacionada con los menores famosos o cuyos progenitores son famosos.

[116] SSTS de 19 de noviembre de 2008; 17 de diciembre 2013; 27 de enero 2014, entre muchas otras

[117] (Rec. 4364/1999). Se trataba de unas imágenes de una menor maltratada que fueron captadas y emitidas por TVE bajo consentimiento del Centro en el que la menor se encontraba, previo abandono de sus progenitores, y que buscaban -según el medio televisivo-, concienciar a la opinión pública respecto de los maltratos a menores. También sostenía la emisora que existían evidentes imperativos de interés público que justificaban determinadas entradas en el ámbito del derecho vulnerado. La cara de la menor se apreciaba durante dos segundos, de perfil y de frente en imagen tomada desde un ángulo superior.

Evidentemente, los menores -sean o no famosos o hijos de personajes famosos-, son ante todo menores cualquiera que fueren las actividades a que se dediquen sus progenitores o la dejación que éstos hayan hecho de sus derechos y, por tanto, tienen el mismo grado de protección que el resto de menores.

Incluso para el supuesto de que los menores pudieran ser considerados por sí mismos como personajes públicos o con notoriedad pública, la Fiscalía recuerda que su imagen sólo puede ser captada durante un acto público o en lugares abiertos al público y no obstante, *la captación en lugares abiertos al público habrá de tamizarse a través del principio del superior interés del menor, 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*[118].

Un caso singular fue el de la hija menor de edad del conocido matador de toros Francisco Rivera, cuya vida privada fue objeto de un amplio y escabroso tratamiento informativo a través de varios programas televisivos emitidos durante el verano de 2004, en uno de los cuales[119]se difundía el rostro de la pequeña perfectamente recognoscible en el momento en que el famoso torero al finalizar la corrida cogía a la menor y daba la vuelta al ruedo con ella en brazos; instante que fue captado por las cámaras y emitido sin que se difuminara el rostro de la pequeña.

El personaje en cuestión instó demanda para la protección de su honor, intimidad personal y familiar así como del derecho a la propia imagen de su hija menor, resultando que el Juzgado de Primera Instancia nº 18 de Sevilla y la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla -en recurso de apelación-, no entendieron vulneración del derecho a la propia imagen de la menor por tratarse de imagen en lugar público y

[118] Instrucción 2/2006 Sobre el Fiscal y la Protección del Derecho al Honor , Intimidad y Propia Imagen de los Menores
[119] *"Aquí hay tomate"*, de Tele5

consentimiento implícito del padre –según se entendió en ambas resoluciones-, aunque sí aceptaron que hubo intromisión ilegítima en la intimidad personal y familiar del demandante.

Recurrida por ambas partes la resolución judicial en casación, la Sala 1ª del Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de junio de 2009, revocó la dictada en lo relativo a la vulneración del derecho a la propia imagen de la menor, declarando que la demandada sí había infringido tal derecho.

Como fundamento de su resolución, el Tribunal Supremo sostenía que, tal y como se desprendía tanto del art. 3 de la LO 1/82, como del art. 4 de la LO sobre Protección Jurídica del menor, en el caso en que el consentimiento para la reproducción de la imagen del menor de edad –a falta de madurez suficiente del mismo-, debiera ser prestado por sus progenitores en tanto que legales representantes del menor, ello no significaba que los padres pudieran disponer libremente de la imagen de sus hijos ya que además del consentimiento expreso y por escrito de los padres resultaba también necesario –según recordaba el Tribunal-, no prescindir de la intervención del Ministerio Fiscal. Y en el caso enjuiciado no sólo no se había contado con la preceptiva intervención del Ministerio Público sino que tampoco se contaba con el consentimiento paterno pues –según el Tribunal-, no podía interpretarse como consentimiento tácito el comportamiento del padre dando la vuelta al ruedo con su hija en brazos y ante las cámaras ya que tal circunstancia *resulta insuficiente para legitimar la injerencia cuando de menores se trata*.

Sin embargo, en un caso similar, en el que una pareja de conocidos artistas reclamaban la vulneración de los derechos a la intimidad y propia imagen, tanto de ellos como de sus hijas menores, por la publicación en una revista de unas fotografías en las que aparecía el grupo familiar paseando por el Real de la Feria de Sevilla vestidos todos ellos con trajes típicos andaluces, la Audiencia Provincial de Sevilla

desestimó la pretensión al considerar que las fotografías tomadas en el recinto ferial, precisamente en el paseo de caballos, *donde la gente pasea para ver y ser vistos*, *es uno de los supuestos en los que pueden captarse imágenes sin necesidad de autorización de sus protagonistas*[120].

Como vemos, criterios dispares y soluciones distintas para casos similares, lo que desde nuestro punto de vista hace poner en duda la seguridad jurídica y exige el establecimiento de criterios sólidos, duraderos y sobre todo, inequívocos.

4.- Fallecidos

En cuanto a las personas fallecidas ya la Exposición de motivos de la propia Ley O. 1/1982 si bien no las declara titulares del derecho a la propia imagen como derecho subjetivo sí lo hace como bien jurídico digno de protección, al señalar que "*aunque la muerte del sujeto extingue los derechos de la personalidad, la memoria de aquél constituye una prolongación de esta misma que debe también ser tutelada por el Derecho*".

En ese sentido, conviene recordar que el art. 4 de la LO 1/1982 (complementado con lo dispuesto en el art. 5 sobre pluralidad de designados), establece que:

> *"1.- el ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida, corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento.*
>
> *2.- no existiendo designación, o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y*

[120] Sentencia de 14 de enero de 2005

hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo del fallecimiento.

3.- a falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al Ministerio fiscal...".

Señalando por su parte, el art. 6.1:

"*cuando el titular del derecho lesionado fallezca sin haber podido ejercitar por sí o por su representante legal, las acciones previstas en esta ley... podrán ejercitarse por las personas señaladas en el artículo 4º*".

Concluyendo el apartado 2º que las mismas personas "*podrán continuar la acción ya entablada por el titular del derecho lesionado cuando falleciere*".

No obstante, esta declaración normativa no está exenta de interpretaciones conflictivas pues una cosa es determinar quiénes estarían legitimados para reaccionar ante una intromisión ilegítima si el titular del derecho estuviera vivo y otra muy distinta es estar legitimado por razón de haber sufrido un daño moral. Los meros legitimados serían las personas designados en el testamento por quien, de estar vivo, hubiera sufrido la intromisión. Sin embargo, los afectados por la violación del bien jurídico después del fallecimiento no lo serían, como pareciera lógico, los que hubieran sufrido el daño moral como consecuencia de la intromisión sino que tal condición solo recaería –según la Ley-, en el cónyuge, los descendientes, los ascendientes y los hermanos del que, viviendo, hubiese sufrido la intromisión; y ello con independencia de que el daño moral hubiera existido realmente, puesto que *la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima*, según concreta la norma.

Evidentemente, hubiera sido más adecuado haber separado con precisión o, mejor dicho, con rigor, el derecho a la propia imagen y la reacción frente a su violación cuando dicha reacción tiene lugar una vez fallecido su titular o se continúa la acción de protección del bien jurídico que hubiera ejercitado el titular en vida y que subsistiría después del fallecimiento.

En este ámbito, un proceso singular fue el conocido como *caso Paquirri.*

En 1984, la viuda del torero fallecido en *Pozoblanco* (Córdoba) como consecuencia de una tremenda cornada que fue vista a través de infinidad de medios de comunicación mediante la transmisión de las imágenes grabadas por un aficionado, interpuso una demanda de protección del derecho a la intimidad y a la propia imagen solicitando una indemnización de entonces 40 millones de pesetas, contra la empresa que había comercializado, sin su autorización, el vídeo que recogía la mortal cogida del torero y su posterior traslado a la enfermería de la plaza; demanda que fue estimada parcialmente en primera instancia, ratificando asimismo la medida cautelar previamente adoptada sobre la retirada del comercio del vídeo grabado, en Sentencia que fue confirmada íntegramente por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid.

Sin embargo, recurrida en Casación ante el Tribunal Supremo, este anuló la anterior Resolución y levantó la medida cautelar que había sido adoptada en Sentencia de 28 de octubre de 1986.

El Alto Tribunal, señaló a tal efecto que para las personas públicas -y *Paquirri* lo era, evidentemente, también para el Tribunal-, cesa la protección de su derecho a la imagen –también a la intimidad-, cuando la captación de la misma tiene lugar durante un acto público o un lugar abierto al público resultando que las imágenes, dice el Tribunal, *ocurrieron a la vista de la masa del público.*

Tales imágenes –decía sorprendentemente el Tribunal-, *obtenidas en el momento mismo del ingreso en la enfermería* [son] *el final del espectáculo*, *y las palabras del infortunado diestro puesto en trance tan apretado que poco después perdería la vida a causa de las heridas filmadas, no pueden ser interpretadas como una apelación a su intimidad.* En su asombroso argumento añadía el Tribunal que *si los usos sociales y la índole propia de la actividad profesional no excluían de suyo aquellos momentos de la connatural publicidad, tampoco lo fueron por la decisión de la persona de que se trata, anuente a la honrosa celebridad que le proporcionaba su desgracia, a la que hacía frente con serenidad poco común.*

Argumento que a muchos escandalizó y a nadie dejó indiferente.

Recurrida la Sentencia ante el Tribunal Constitucional -que desde nuestro punto de vista entendió adecuadamente que tales imágenes no gozaban de interés general pues "*ello supondría convertir en instrumento de diversión y entretenimiento algo tan personal como los padecimientos y la misma muerte de un individuo"-,* terminó señalando, no obstante, en relación al derecho a la propia imagen e intimidad del torero, que "*una vez fallecido el titular de esos derechos y extinguida su personalidad… lógicamente desaparece también el mismo objeto de protección jurisdiccional, que está encaminada a garantizar, como dijimos, un ámbito reservado, que con la muerte deviene inexistente. Por consiguiente, si se mantienen acciones de protección civil (encaminadas, como en el presente caso, a la obtención de una indemnización) a favor de terceros… ello ocurre fuera del área de protección de los derechos fundamentales que se encomienda al Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo*"[121].

Es decir, según el Tribunal, cuando tiene lugar lo que sería una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de una persona si ésta hubiere estado viva, una vez fallecida, si unos terceros mantienen

[121] STC 231/1988, de 2 de diciembre

acciones de protección civil encaminadas a obtener una indemnización no puede admitirse que hubiera habido vulneración alguna de aquel derecho de la personalidad *pues la legitimación que la LO 1/82 reconoce a ciertos sujetos para ejercitar acciones no lo es* –dice el Tribunal-, *para proteger el derecho a la propia imagen del fallecido sino para preservar un bien jurídico distinto que no tiene la categoría de derecho subjetivo* (se refiere a la memoria del difunto). Es decir, la cuestión debatida queda para el Tribunal fuera del ámbito de protección de los derechos fundamentales.

Inevitablemente, pues, a esos terceros se les cierra el acceso al recurso de amparo constitucional pues con el fallecimiento del diestro tales derechos –dice el Tribunal-, *han perdido su dimensión constitucional, conservando sólo una dimensión patrimonial sobre la que estaba vedado pronunciarse.*

Es decir, los muertos no tienen derechos, aunque autores como el profesor Alegre Martínez sostienen que el concepto constitucional de persona obliga a admitir que el derecho a la propia imagen *debe ser atribuido, sin vacilación alguna, a las personas fallecidas, independientemente de los mecanismos que arbitre el ordenamiento jurídico para su accionabilidad*[122]

Nosotros no mantenemos una postura tan radical, sin embargo sí creemos que habría que articular algún criterio que amparara no solo en vía civil ordinaria el derecho a la intimidad familiar de los herederos sino también la propia imagen de los fallecidos para evitar, por ejemplo, la publicación de fotografías que claramente atentaran contra ese derecho que en su momento fuera personalísimo del muerto: el derecho a su propia imagen. Sería, en cierto modo, lo que parte de la doctrina llama *personalidad pretérita* frente a la que sí cabría una tutela post mortem[123]; algo así como lo que ocurre con el reconocimiento de la atribución de la

[122] ALEGRE MARTINEZ, M. A., *El Derecho a la Propia Imagen*, ed. Tecnos, Madrid, 1997, pág. 104.
[123] MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis, *Derecho civil, parte general. Derecho de la persona*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 193.

obra intelectual o artística al autor y el derecho a la integridad de ésta (artículo 15 de la Ley de 12 de abril de 1996)[124].

En ese sentido, pensemos no solo en las imágenes de *Paquirri* en la enfermería sino en otras similares, como las del *Che Guevara* muerto a tiros o las de víctimas del terrorismo o en las de tantos otros personajes históricos y no tan históricos cuya dignidad a la hora de la muerte se ha visto atacada por la publicación de unas imágenes a veces tan morbosas como innecesarias.

5.- Personas jurídicas

Si el derecho a la imagen es reconocido pacíficamente como uno de los derechos fundamentales que forman parte de la personalidad "*inherente a la condición de ser humano"*[125] *y* la imagen se configura como "*representación humana recognoscible*", es evidente que las personas jurídicas no pueden ser titulares de tal derecho[126].

La Sentencia del TS de 9 de febrero de 1989 es particularmente interesante. Trata el caso de una sociedad anónima cuyo crédito había sido puesto en entredicho en lo referente a los servicios que prestaba resultando que en opinión de la actora ello suponía un ataque a su *honor e imagen*. En apelación se le dio la razón al demandante pero el Tribunal Supremo vino a declarar que las personas jurídicas carecían de derechos de la personalidad y casó la sentencia estimatoria de la segunda instancia "*por confundir la actora los conceptos de honor e imagen*", mezclando –según el Tribunal-, el significado vulgar con el significado jurídico de tales nociones.

---

[124] RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de Sucesiones, Común y Foral,* Tomo I, 4ª edición, ed. Dykinson, Madrid, 2009, páginas 23 y 24, donde afirma: "hay, pues, derechos, no sólo personalísimos, sino inherentes a la persona del causante que, perviven tras su fallecimiento, a fin de proteger la personalidad pretérita del mismo"

[125] ROYO JARA, José. *La protección del derecho a la propia imagen*, Ed. Colex, Madrid, 1987, pág. 82

[126] GRIMALT SERVERA, Pedro. La protección civil de los derechos.... Op. Cit. pág. 47.

Sin embargo, en Sentencia de fecha anterior, la núm. 137/1985, el Tribunal Constitucional había afirmado que las personas jurídicas podían ser titulares del derecho a la inviolabilidad del domicilio lo que en cierto modo hacía extensivos los derechos de la personalidad a favor de las personas jurídicas.

Evidentemente, en principio no cabría hacer extensivo el ámbito de protección del derecho a la propia imagen de las personas hacia las personas jurídicas y mucho menos confundir el significado vulgar que al concepto "imagen" se le atribuye en tanto que buen nombre, prestigio, reputación, etc..., y el estrictamente jurídico (como representación de los rasgos fisonómicos de una persona de forma recognoscible), de tal modo que si la persona jurídica sufre ataques a su buena fama podrá accionar pero *fundándose en el art. 1902 CC y no con base material (Ley de 5 de mayo de 1982) y trámite procesal (Ley de 26 de diciembre de 1978) que están reservadas para las personas físicas*[127].

Sin embargo ese razonamiento no es mantenido por el Tribunal Supremo, que en Sentencia número 861/1997, de 9 de octubre, afirma que una persona jurídica que es atacada en su buena fama, prestigio u honor *tiene indudablemente acción para su protección, sea persona de tipo personalista, sea persona de tipo patrimonialista*. Criterio, sin duda, sustentado en el sentir manifestado por el Tribunal Constitucional, que en Sentencia anterior, núm. 139/1995, de 26 de septiembre, sostenía con meridiana claridad que la persona jurídica *tiene derecho al honor y el mismo se encuentra protegido constitucionalmente por el art. 18.1 de la constitución, regulado por la LO 1/1982, de 5 de mayo*.

En definitiva, aceptado que ni constitucional ni legalmente existe impedimento alguno para que las personas jurídicas puedan ser sujetos de los derechos fundamentales y entendiendo con nuestro Tribunal Constitucional que el derecho al honor, al buen nombre o a la propia

[127] O´CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Libertad de expresión y sus límites… Opus cit.* Pág. 70

estima no es patrimonio exclusivo de las personas individualmente consideradas, quizás la inclusión del nombre entre los elementos susceptibles de protección en el derecho a la propia imagen (art. 7.6 de la Ley O. 1/1982), sería una vía para hacer extensible de alguna manera, el derecho fundamental a la propia imagen también a favor de las personas jurídicas.

V.- CONTENIDO Y DELIMITACION DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

1.- Introducción

El derecho a la propia imagen, y por extensión, los derechos del art. 18.1 de nuestra Constitución, no son derechos absolutos ni ilimitados sino que, tal y como ocurre con todos los derechos, presentan inevitables excepciones y matices que se hacen necesarios para acomodar tanto el alcance de su protección jurídica como su ejercicio al de otros bienes jurídicos, también protegidos por el derecho.

Algunos de esos límites ya fueron introducidos por la propia LO 1/1982 al establecer en su art. 2.2 que "*no se apreciará intromisión ilegitima en el ámbito protegido cuanto estuviera expresamente autorizada por la Ley*"; o en su art. 8.1, al señalar que "*no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante*".

Límites a los que habría que añadir los referidos expresamente al derecho a la propia imagen y establecidos en el apartado segundo del citado art. 8, al señalar que *"en particular, el derecho a la propia imagen no impedirá:*

a) *su captación, reproducción o publicación por cualquier medio 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*

b) *la utilización de la caricatura de dichas personas de acuerdo con el uso social*

c) *la información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como claramente accesoria.*"

Precisándose, no obstante, en el párrafo final del señalado precepto, que la excepción contemplada en el apartado a) no será de aplicación *respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza*[128].

Sin embargo, como sostiene una parte de la doctrina, podríamos hablar incluso de otro límite más pues si al titular del derecho es a quien corresponde decidir si permite o no la captación o difusión de su imagen por un tercero, la posibilidad de consentir las intromisiones en el ámbito protegido por el derecho a la propia imagen sería también un límite que podríamos denominar *voluntario*[129].

En todo caso, cuando hablamos del derecho a la propia imagen podemos afirmar con claridad que estamos en presencia de un derecho de carácter no absoluto. Así ha sido puesto de relieve por el Tribunal Constitucional español ya desde sus primeras Sentencias, al dejar meridianamente claro que ningún derecho constitucional es un derecho ilimitado:

> "*La Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar, no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos*"[130]

[128] STC 72/2007, de 16 de abril.
[129] ROYO JARA, J. *La protección del derecho… Opus cit.* pág. 157
[130] STS 11/1981, de 8 de abril, que recoge SSTS de 5 de junio y 5 de julio de 1996

En igual sentido, SSTC 99/1994, de 11 de abril; 81/2001, de 26 de marzo; 156/2001, de 2 de julio; y 14/2003, de 28 de enero.

2.- Contenido esencial

Como es bien sabido la Constitución española garantiza en su art. 18.1 el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y asimismo exige mediante su art. 53.1 que la ley respete el contenido esencial de los derechos y libertades constitucionales. Sin embargo, la Constitución de 1978 nada dice del alcance del contenido esencial de tales derechos, por lo que es evidente que las controversias deben ser resueltas en el ámbito del Tribunal Constitucional[131].

Dicho de otro modo, los derechos que la Carta Magna ampara constituyen instituciones jurídicas constitucionalmente protegidas, con un contenido propio que no puede ser desnaturalizado ni por la legislación que regule su ejercicio –esto es lo que significa que el desarrollo legislativo deba respetar el núcleo básico de los derechos fundamentales- ni con la imposición de límites que conviertan su contenido material en un derecho meramente formal por lo que el problema más importante estará en determinar ese núcleo básico o contenido primordial, misión que, como decimos, se atribuye al Tribunal Constitucional el cual viene delimitando, a través de sus sentencias, cuál es precisamente el contenido esencial de un concreto derecho, *moviéndose con total libertad*, por supuesto, *pero dentro del marco de la constitución* (STC 57/85, de 29 de abril).

En ese sentido, la STC 11/81 de 8 de abril, señaló que para aproximarse a la idea de contenido esencial, que en el art. 53 de la CE se refiere a todos los derechos fundamentales, caben dos caminos: uno primero, acudiendo a lo que suele llamarse la naturaleza jurídica o el

[131] En ese sentido, el art. 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos prohíbe cualquier acto que pueda suponer un ataque contra los derechos fundamentales, y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea también señala que cualquier limitación de los derechos en ella reconocidos debe ser establecida por ley, respetando su contenido esencial

modo de concebir o de configurar cada derecho, para lo cual hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que se usa en las propias normas y las evidencias generalmente admitidas por la doctrina; y otro segundo, tratando de hallar los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y centro de los derechos subjetivos.

En cuanto a la primera vía, dicha Sentencia lo expresa de la siguiente forma:

> *" ... de modo que constituyan el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así" .*

En lo que respecta a la segunda vía, dice:

> *"Se puede entonces hablar de una especialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos".*

Criterio según el cual el contenido esencial de un derecho sería vulnerado cuando quedara sometido a limitaciones de tal amplitud que lo hicieran impracticable.

No obstante, el art. 53.1 CE establece la obligación de respeto del contenido esencial únicamente de los derechos fundamentales regulados en el Capítulo II del Título I (arts. 14 al 38), lo que significa que la garantía del desarrollo legislativo de los derechos se refiere únicamente a un determinado grupo de derechos constitucionales –entre ellos los derechos

de la personalidad-, cosa que ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 101/91, de 13 mayo, al señalar que la cláusula de respeto al contenido esencial no es aplicable a los derechos constitucionales del Capítulo III del Título I (arts 39 al 53), los cuales no ostentan la protección en amparo que el art. 53.2 CE brinda a los antes señalados derechos fundamentales.

Por otro lado, tanto el TC como la doctrina, de manera prácticamente unánime, sostienen el carácter limitado de tales derechos –no hay derechos absolutos-, pero el establecimiento de sus límites es precisamente uno de los grandes problemas que se suscitan a la hora de su ejercicio, cosa que se hubiera evitado de haberse conocido el contenido de cada derecho, por lo que probablemente hubiera sido esencial que nuestro texto constitucional hubiese determinado el alcance de su regulación así como la posición jurídica de los demás derechos y libertades con los que pudieran entrar en colisión.

En todo caso, en lo que se refiere a los derechos de la personalidad y como notas esenciales desgranadas desde el propio texto constitucional, podemos sostener que los derechos de la personalidad son *personalísimos* –en el sentido de que deben ejercitarse necesariamente por su titular sin posibilidad transmisión o enajenación a favor de terceros-están *ligados a la misma existencia del individuo*[132], y por supuesto, son inalienables, irrenunciables e imprescriptibles. Además, como la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad son fundamento esencial de la convivencia ciudadana, es evidente que la persona afectada puede reclamar su protección con carácter *erga omnes*, es decir, frente a todos; pudiendo también sostener su condición de extrapatrimonialidad, en el sentido de que deben ser excluidos del comercio de los hombres, si bien esta última nota no supone la exclusión de que la lesión de tales derechos pueda conllevar una indemnización pecuniaria, aunque ya dijimos anteriormente que nuestro Tribunal

[132] STC 231/1988, de 2 de diciembre

Constitucional rechaza abiertamente que la vertiente patrimonial de la imagen forme parte del contenido del derecho fundamental (STC 81/2001 de 26 de marzo, ya señalada).

Estas determinaciones constitucionales tienen su desarrollo legal en la LO 1/1982, que ciertamente no define los derechos que contempla sino que se limita a establecer sin carácter exhaustivo –según se admite en la propia exposición de motivos-, una serie de conductas constitutivas de intromisión ilegítima en el ámbito de los derechos a que se refiere. Sin embargo, la LO 1/1982 es en algunos aspectos tan frustrante que algunos autores han llegado a calificarla como *una Ley muy mala*[133], entre otros motivos por sus notables ausencias; valga el ejemplo de que el legislador se olvidó de regular convenientemente uno de los tres derechos que pretendía reglamentar, precisamente el de intimidad, por lo que resulta evidente señalar que la doctrina y la jurisprudencia van a ser los motores de desarrollo de los derechos y libertades de que venimos hablando.

En todo caso, de las conductas que contempla la citada Ley las de los apartados 5 y 6 del artículo 7º son las que reconducen claramente al derecho a la propia imagen. Así el apartado 5 habla de *la captación, reproducción o publicación, por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos salvo los casos previstos en el art. 8.2*; y el apartado 6 se refiere a *la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga,* habiendo aclarado el Tribunal Constitucional que *con la protección constitucional de la imagen se preserva no sólo el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen [...], sino también una esfera personal y, en este sentido, privada, de libre determinación y, en suma, se preserva el valor fundamental de la dignidad humana, asi pues, lo que se pretende con este derecho, en su dimensión constitucional, es que los*

[133] SALVADOR CODERCH, Pablo, *¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo*, Ed. Civitas, Madrid, 1987, pág. 19.

individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública, a fín de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas, atribuyendo a su titular *un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública*[134]; habiendo sido, por otro lado, el Tribunal Supremo quien jurisprudencialmente -según ya hemos señalado al inicio de este trabajo-, ha definido el derecho a la propia imagen en sentido jurídico como *la facultad exclusiva del interesado de difundir o publicar su propia imagen o de evitar su reproducción en tanto se trata de un derecho de la personalidad*[135], lo que supone las dos vertientes de las que también hemos hablado con anterioridad: una positiva, que faculta al sujeto para captar, reproducir y publicar su propia imagen; y otra negativa, consistente en la facultad concedida a la persona para impedir la captación de su imagen, reproducción o publicación por un tercero no autorizado, cualquiera que fuere su finalidad

Por último, no queremos terminar este apartado sin destacar que tal y como se advierte del contenido del artículo 10. 1 CE, el conjunto de derechos y deberes fundamentales contemplados en la Sección primera del Capítulo segundo del Título I de nuestra Carta Magna están vinculados al concepto de persona, pudiendo afirmarse además, que en nuestro ordenamiento los derechos fundamentales de la personalidad *constituyen un presupuesto de la propia organización política constitucionalmente establecida.*[136]

Tales derechos cuentan con una protección especial ostentado el sujeto titular de los mismos la facultad de reclamar el respeto general y solicitar su tutela judicial desde la perspectiva de la protección privilegiada que la Sección primera del Capítulo segundo del Título I ostenta por disposición del artículo 53.2 de la propia Constitución, en relación a lo

[134] STC 81/2001, de 26 de marzo
[135] STS de 13 de noviembre de 1989, entre otras.
[136]LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de derecho civil*, tomo I, Ed. Trivium, Madrid, 1992, pág. 209.

prevenido en los artículos 41 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; protección que se concreta en la posibilidad de acudir al recurso de amparo a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, además de la posibilidad de interpelar su reconocimiento y respeto ante los Tribunales ordinarios.

3.- Derecho a la propia imagen versus art. 20 CE

Cuando una persona alega judicialmente una intromisión ilegítima en alguno o algunos de sus derechos de la personalidad, quien ha infringido suele ampararse normalmente bien en un pretendido derecho constitucional a la libertad de expresión o bien en su derecho a la libertad de información. Y como los derechos a la propia imagen, libertad de expresión e información se encuentran regulados, el primero, en el art. 18.1 CE, y los segundos, en el art. 20.1 apartados a) y d) CE, es notorio que, en caso de conflicto, lo que se plantea es un problema entre derechos fundamentales. Conflicto, que, además, ya se auguraba previsible pues el propio art. 20 Ce, en su número 4, establece textualmente que esas libertades tienen su límite *de manera especial* –así se expresa-, en el respeto al derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

Es decir, el legislador ya vislumbraba –así se desprende de la redacción de la norma-, posibles fricciones entre los derechos del art. 18 CE y las libertades del art. 20 CE, la cuales se configuran estas últimas como bienes *delimitadores* del derecho a la propia imagen. Bienes que, a su vez, también deben ser delimitados.

Es vedad que algunos autores consideran que *el* d*erecho a la información* y *la libertad de expresión* son manifestaciones de un único derecho y, bajo tal perspectiva unitaria, la finalidad de la libertad de expresión sería simplemente transmitir información, de tal modo que,

desde ese aspecto, una y otra se confundirían. Ciertamente muchas veces puede caber la confusión pero no tenemos duda alguna de que nos encontramos ante dos realidades distintas, de tal modo que el desconcierto ni siempre es evidente ni tampoco estará siempre justificado.

Verdaderamente, en incontables ocasiones la información va acompañada de juicios de valor a través de los cuales podemos advertir fácilmente cuál es el punto de vista del informante (por ejemplo, del titular "*injusta invasión de tropas en la zona de conflicto*" se infiere la calificación implícita del sujeto informante de tal acto como de hecho injusto). Y también a veces la propia manifestación de una idea no va sin embargo apoyada en un hecho previamente narrado (tal y como sería el caso del titular genérico: "*todas las guerras son injustas*"), pero ello no puede implicar la concreción de las libertades del art. 20 CE en un solo derecho.

Desde nuestro punto de vista, es evidente que la libertad de expresión -reconocida en el art. 20 CE-, tiene un ámbito de acción más amplio y extenso que la libertad de información, porque no comprende como ésta la mera comunicación de hechos sino la emisión de opiniones, juicios, creencias o pensamientos de carácter personal y subjetivo[137]; mientras que la libertad de información comprende la comunicación de circunstancias o hechos susceptibles de contraste con datos objetivos.

Es verdad, como acabamos de señalar, que no siempre es fácil separar la expresión de ideas, pensamientos u opiniones (garantizada por el derecho a la libertad de expresión), de la mera narración de unos hechos (garantizada por el derecho a la libertad de información), *pues la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa*[138], pero cuando concurren en un mismo texto *elementos informativos y valorativos es necesario separarlos, y solo*

[137] SSTC 104/1986, de 17 de julio , y 139/2007, de 4 de junio
[138] SSTC 29/2009, de 26 de enero y 77/2009, de 23 de marzo

cuando sea imposible hacerlo habrá de atenderse al elemento preponderante (STC 107/1988, de 8 de junio)[139], sin que ello deba implicar un tratamiento unitario, que tampoco cabría desde el punto de vista jurisprudencial pues *la libertad de expresión es más amplia que la libertad de información al no operar en el ejercicio de aquélla el límite interno de veracidad que es aplicable a ésta* (STC 107/1988, de 8 de junio), ya que la libertad de expresión *tiene por objeto presentar ideas, opiniones o juicios de valor subjetivos que no se prestan a una demostración de su exactitud* (STC 51/1989, de 22 de febrero), además de ser garantía del *desarrollo de una comunicación pública libre que permita la libre circulación de ideas y juicios de valor inherente al principio de legitimidad democrática* (STC 6/1981, de 16 de marzo)[140]. Dicho de otro modo, mientras que la *libertad de información* se refiere a la narración de hechos, la de *expresión* alude a la emisión de juicios personales y subjetivos, creencias, pensamientos y opiniones, y por supuesto comprende la crítica de la conducta de otro, *aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige* (SSTC 6/2000, de 17 de enero; 49/2001, de 26 de febrero; y 204/2001, de 15 de octubre), pues así lo requieren *el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática* (SSTEDH de 23 de abril de 1992, Castells c. España, § 42 , y de 29 de febrero de 2000, Fuentes Bobo c. España , § 43).

A mayor abundamiento, la libertad de expresión -concretada por el art. 20.1.a) CE en el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción-, supone una vertiente activa: derecho a difundir información; mientras que la libertad de información -concretada en el art. 20.1.d) CE como el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión-, supone una vertiente pasiva: derecho a recogerla o hacerse eco de ella.

[139] Ver también SSTC 105/1990 y 172/1990.

[140] En igual sentido SSTC 20/1992, de 14 de febrero ó 9/2007, de 15 de enero

Eso sí, ambas libertades constituirían el aseguramiento de otra libertad de la persona: la libertad de pensamiento.[141]

Por tanto, partiendo de que el derecho a la información y la libertad de expresión son dos derechos diferentes, el primer conflicto estará, sin duda, en diferenciar los ámbitos de tales bienes jurídicos ya que nadie puede dudar de la dificultad que comporta distinguir hasta dónde llega la simple exposición de unos hechos o datos y a partir de qué momento el que informa comienza a emitir juicios de valor porque, en ocasiones, según ya hemos expresado antes, en la forma de exponer la noticia o el testimonio irá implícito el reproche o la aprobación.

Por ejemplo, en la información sobre la tragedia de *Lampedusa* y los más de 350 inmigrantes muertos en octubre de 2013 intentando llegar a las costas italianas o el sufrimiento y muerte de los exiliados sirios en su tránsito por Europa intentando buscar refugio político en el verano de 2015, el modo de presentar la noticia y los vocablos utilizados nos estarían indicando la postura política o moral del informador.

Lo mismo ocurre con la reproducción de imágenes, cuya exteriorización puede remover conciencias o puede mover al escarnio, como ocurre por ejemplo con algunas las portadas de medios escritos cuando publican imágenes de determinados personajes –normalmente políticos-, con posturas comprometidas o muecas grotescas que, sin duda, llevan implícitamente un trasfondo de profunda crítica.

Pero el grave conflicto no se da entre las propias libertades del art. 20 CE sino entre los derechos del art. 18 CE y aquellas libertades, en cuyo caso la pregunta a responder es ¿Qué debe prevalecer? O lo que es lo mismo ¿Existe primacía de unos derechos y libertades frente a otros?.

[141] SAAVEDRA LOPEZ, Modesto. *El derecho a la libertad de expresión como garantía constitucional de la opinión pública*, en AA.VV. "Constitución y Derechos Fundamentales", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004. Pág. 674

Ciertamente, no podemos negar que la jurisprudencia actual mantiene una posición preferente de las libertades del art. 20 CE respecto de los derechos subjetivos y, por tanto, respecto del derecho a la propia imagen, que justifica por su dimensión de *garantía de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático* (STC 61/2004, de 19 de abril)[142] pero también es cierto que no siempre existió esa preferencia ni de ello se deduce *el valor prevalerte de tales libertades cuando se afirma frente a otros derechos fundamentales* (STC 42/1995, de 13 de febrero)[143].

Así, en la primera jurisprudencia -sobre todo ordinaria-, probablemente por una interpretación literal del art. 20 CE, se apreciaba una inclinación sistemática hacia los derechos de la personalidad llegando también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a reconocer inicialmente una superior relevancia de los derechos al honor, intimidad y propia imagen; preponderancia que se mantuvo hasta la Sentencia 104/1986 en la que, sin duda, por influencia de la doctrina emanada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se pasó a una orientación inversa, esto es, la aparente superior categoría de los derechos del art. 20.1 CE.

El Fundamento de Derecho 5º de la antedicha Sentencia, señalaba:

> "*Esta dimensión de garantía de una institución pública fundamental, la opinión pública libre, no se da en el derecho al honor [….] el hecho de que el art. 20 de la Constitución garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas hueras las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática (Sentencia*

[142] Ver STC 21/144/1988, de 30 de junio
[143] Ver también STC 11/2000, de 17 de enero

del Tribunal Constitucional 6/1981, de 16 de marzo), otorga a las libertades del art. 20 una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales...".

Esa novedosa orientación jurisprudencial se conservó hasta la Sentencia 105/1990, en la que se condicionaba la prevalencia de los derechos a la información y a la libre expresión a determinados márgenes que se traducían en un límite claro y concreto:

"*Los Tribunales han de ponderar el ejercicio de la libre expresión y de la comunicación de información para que no colisionen con otros derechos tan dignos de protección como los primeros*" [144].

Con ello, el Tribunal Constitucional proclamaba que la libertad de información no era jerárquicamente superior a los derechos del art. 18.1 de la Constitución, aunque las libertades del art. 20 CE hubieran de prevalecer, eso sí, siempre que el ejercicio de estas últimas se produjera de manera acorde con las exigencias que el propio Tribunal establecía, es decir, desenvolviéndose dentro de unos cauces eficientes e idóneos en una sociedad democrática pues *su especial trascendencia deriva fundamentalmente de que ambos derechos, información y expresión, son garantía de una opinión pública libre y del mantenimiento del pluralismo político en una sociedad democrática*[145] .

Por tanto, estemos o no de acuerdo, hemos de reconocer que nuestro Tribunal Constitucional ha venido sosteniendo que en la divulgación de una noticia prevalecerá la libertad de información sobre los derechos del art. 18.1 CE si concurren dos concretos requisitos:

[144] "Caso José María García". STC de 6 de junio de 1990.
[145] SSTC 112/2006, 53/2006, 54/2004, 171/2004, etc…

1º.- Que la información recaiga sobre hechos con relevancia pública o sobre personas con interés público

2º.- Que la información sea veraz

Exigencia que ya fue proclamada por el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de abril de 1992 al señalar:

> "*La legitimidad de las intromisiones en el honor e intimidad personal requiere no sólo que la información cumpla la condición de veracidad, sino también que su contenido se desenvuelva en el marco del interés general del asunto al que se refiere"*[146].

Ello debiera significar, pues, que la ausencia de alguno de estos requisitos impediría la eficacia justificadora de la libertad de información frente a los derechos fundamentales al honor, la intimidad personal o familiar y la propia imagen[147].

Respecto del primer requisito, hechos con relevancia pública, ya tendremos oportunidad de extendernos más adelante.

En cuanto al segundo requisito, la veracidad, lo analizaremos a continuación.

3.1 La veracidad de la información

Por veracidad debe entenderse *el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso, aún cuando la información con el transcurso del tiempo, pueda más adelante ser desmentida o no resultar confirmada* (STC 139/2007)[148].

[146] Ver también STS de 18 de abril de 1989 y 16 de junio de 1990.
[147] DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús. *Elementos de Derecho Civil I, parte general, volumen segundo, Personas*; pág. 105.
[148] Ver también STC 29/2009, de 26 de enero

El requisito de la veracidad –que no se exige en el ejercicio de la libertad de expresión, no porque sea admisible una opinión ofensiva o injusta sino porque lo que protege el derecho es *la emisión de opiniones y no se presta a una demostración de exactitud* (STC 50/2010 de 4 de octubre)-, siempre debe ser un criterio concurrente. Es verdad que tiene poca incidencia en la publicación de imágenes (a salvo, claro, de incurrir en manipulación o alteración grosera de la misma, en la que entraremos más adelante), pero no obstante el Tribunal Supremo también ha tenido ocasión de manifestarse al respecto.

Así, en Sentencia de fecha 28 de mayo de 2004, sobre la divulgación de la imagen de una persona que había fallecido ahogada, el Tribunal además de incidir en la cuestión relativa a la accesoriedad o no de la imagen, prestó su atención a la valoración del derecho a la información, que no era tanto de los medios de comunicación a darla sino de los ciudadanos a recibirla, señalando el Tribunal Supremo que no existió violación de los derechos a la imagen ni del derecho a la intimidad *porque la actuación del medio de comunicación estaba amparada por la libertad de información proclamada en el art. 20.1 d) de la Constitución* y porque en esta confrontación de derechos entre la imagen y la información la respuesta se centraba *en satisfacer el derecho a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión, tal y como reconoce el art. 20.1 d) de la Constitución*, añadiendo el Tribunal que la información sobre una muerte por ahogamiento en una playa presentaba relevancia e interés público *no sólo por la referencia a los eventuales peligros en los baños en el mar sino porque informa de la actuación de un servicio público que trató de salvar al fallecido*.

Vemos, pues, cómo en este caso el Tribunal Supremo entendió que la noticia y la fotografía que la ilustraba presentaban interés general por las circunstancias del hecho y del lugar.

Cuestión distinta, decimos nosotros, es que fuera necesario publicitar la fotografía, se entendiera o no veraz. De hecho, en multitud de ocasiones se considera irrelevante la veracidad de lo publicado y se condena por intromisiones en la vida privada de las personas sin que tal veracidad pueda por sí misma justificar la injerencia. Así, por ejemplo, se declaró injustificada la difusión de la noticia cierta de que un piloto de avión que sufrió un accidente, en estado de casado y con hijos, vivía con una azafata de la que se decía que se encontraba embarazada (STC 172/1990, de 12 de noviembre de 1990), o la revelación de la alteración cromosómica de una conocida atleta (STS, de 13 de marzo de1989).

Es verdad que nuestro Alto Tribunal no exige una información "*objetivamente veraz*" sino que admite, o mejor dicho, le resulta suficiente un previo contraste con datos objetivos; es decir, *no se exige certeza sino diligencia*[149] pero hemos de reconocer que a veces por más que se haya desplegado cierta diligencia nada va a impedir que el resultado pueda ser falaz, lo cual no deja de ser grave. Y nuestro Tribunal Constitucional no solo es consciente de ello sino que en ocasiones parece excesivamente permisivo. En ese sentido, admite que la regla de la veracidad no exige que la información no sea errónea ya que, según sostiene, cabe tolerar *la crítica inexacta e injusta*[150], consintiendo también, por ejemplo, que la divulgación de la noticia no necesite ser totalmente exacta, admitiéndose que su exactitud *sea controvertible* o se incurra en *errores circunstanciales* que no afecten a la esencia de lo informado[151], pues los errores *son inevitables en un debate libre*[152], cosa que desde nuestro punto de vista un Tribunal jamás debiera legitimar pues si el propósito de la libertad de información o expresión es, por un lado, que los ciudadanos puedan emitir opiniones o formar juicios gracias *al enfoque de la realidad*

[149] Aquí aflora otra diferencia entre los derechos consagrados en el art. 20 CE, pues mientras que los hechos sobre los que se informa serán ciertos cuando se correspondan con la realidad, en el plano de la libertad de expresión no podemos aplicar este criterio, pues las opiniones son puramente objetivas y, por tanto, responden a criterios personales. Y aunque la base fáctica sea la misma no se puede negar que una misma realidad pude ser percibida y valorada de muy diversas maneras.
[150] STC 15 febrero 1990
[151] STC52/2002, de 25 de febrero (Recurso 5056/99).
[152] STC 21 enero 1998

que perciben[153], y por otro, la formación de una opinión pública libre, ello sólo puede lograrse *cuando dicha visión no esté manipulada*[154].

Desde luego, sostenemos nosotros, si lo publicado es injusto y además es erróneo podemos afirmar tajantemente que existe tergiversación y desde nuestro punto de vista las informaciones tergiversadas, por mucho que estén justificadas por un Tribunal, no contribuyen a la formación de una opinión libre.

No obstante, la veracidad de la información también es matizada en los supuestos del llamado "reportaje neutral", que veremos a continuación.

3.2.- El reportaje neutral

La doctrina del reportaje neutral encuentra su base en la doctrina jurisprudencial norteamericana del *neutral reportaje doctrine* (iniciada con el *caso New York Times contra Sullivan*)[155], que parte de la base de considerar que si un artículo periodístico recoge una información, dato u opinión, sin expresar o hacer valoración alguna, el derecho a la información no puede ser limitado sobre la base de una supuesta infracción a los derechos de la personalidad, y que se aplica –como sostiene la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2008-, como protectora de la información difundida cuando se reproduce lo que un tercero ha divulgado, limitándose a dar cuenta de lo dicho o publicado por ese tercero *aunque eventualmente pueda ser contraria al art. 18.1 CE,* resultando suficiente para estimar cumplida la diligencia –tal y como

[153] La STC 170/1994, de 7 de junio habla de la libertad de opinar configurada como un derecho fundamental de los ciudadanos y liga el ejercicio de aquélla a la consecución del pluralismo político propio de todo sistema democrático.
[154] SSTC 159/1986, 20/1990 y 336/93
[155] Proceso judicial seguido ante la Corte Suprema de los Estados Unidos por la publicación en el *New York Times* de un artículo contra un grupo de manifestantes de raza negra liderados por *Martin Luther King*, en el que se describen actitudes segregacionistas, y que fue resulto en fecha 9 de marzo de 1964 (376 U.S. 254- 1964).

afirma el Tribunal-, con acreditar la verdad del hecho de la declaración o de la divulgación sin extenderse a la veracidad de lo declarado.

En ese sentido, el medio informativo sería un mero transmisor pues se limita a transcribir o divulgar exactamente lo revelado por su fuente, aunque vendría obligado a concretar, en todo caso, de quién procede la información divulgada, es decir, *ha de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas*[156].

Tal doctrina es proclamada en las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 7 de diciembre de 1986 y 8 de julio de 1986, *casos Handyside vs. Reino Unido*[157] y *Lingens vs. Austria*[158], respectivamente.

El Tribunal Constitucional definió el reportaje neutral como aquel que *simplemente da traslado de la noticia procedente de otra fuente de información*[159] *sin realizar aportación relevante a la noticia por la vía de la forma o del contenido*[160] *y sin que el periodista redactor asuma una determinada versión de los hechos*[161] complementando dicha delimitación por Sentencia núm. 53/2006 (que remite a las SSTC 54/2004 y 76/2002), en el sentido de que para poder hablar de reportaje neutral han de concurrir los siguientes requisitos:

> *a) El objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser por sí mismas, esto es, como tales*

[156] También STS de 4 de diciembre de 2009, en Recurso de Casación núm.1984/2006
[157] El caso se origina por una demanda dirigida contra Gran Bretaña e Irlanda del Norte por un ciudadano británico, señor Richard Handyside, que había acudido ante la Comisión el 13 de abril de 1972 en virtud del artículo 25 del Convenio de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, tras su condena a multa y requisa de la publicación de una obra editada por él, *schoolbook,* cuyos derechos había adquirido anteriormente y que había sido tachada de obscena.
[158] Sobre la publicación en una revista vienesa de unos comentarios del Sr. Lingens sobre el canciller austríaco, al que calificaba de "oportunista", "inmoral" e "indigno".
[159] STC 144/1998
[160] STC 190/1996
[161] STC 52/1996

declaraciones, noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas (SSTC 41/1994, FJ 4, y 52/1996, FJ 5). De modo que se excluye el reportaje neutral cuando no se determina quién hizo tales declaraciones (STC 190/1996, FJ 4 b).

b) El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia (STC 41/1994, FJ 4). De modo que si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral (STC 144/1998, FJ 5). En el cumplimiento de ambos requisitos, la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de dichas declaraciones y a la fidelidad a su contenido: en estos casos, el medio ha de quedar exonerado de responsabilidad.

Por otra parte, el Tribunal Supremo también ha señalado (STS de 18 de febrero de 2009, en Recurso núm. 1803/2004):

"*el reportaje neutral o información neutral exige la ausencia de indicios racionales de falsedad evidente de lo trascrito, a fin de evitar que el reportaje neutro sirva indebidamente a la divulgación de simples rumores o insidias. Resultaría absurdo que, con el pretexto de tratarse de un "reportaje neutral", se pudiera difundir -reproduciéndola- una información sobre la que existe constancia de que supone una intromisión ilegítima en el ámbito de protección de un derecho fundamental*"

En todo caso, para el supuesto de fricción entre el derecho a la propia imagen y los derechos del art. 20 CE, sostenemos que la única salida posible estará en el ejercicio de una adecuada ponderación de las circunstancias del caso, es decir, habrá que examinar cada caso concreto con proporcionalidad *respetando la definición constitucional y los límites de los derechos en conflicto*[162] para determinar *cuáles deben prevalecer*[163], buscando *una interpretación equilibrada de los derechos fundamentales*[164].

Eso y no otra cosa es lo que supone el mecanismo de la ponderación.

3.3.- La adecuada ponderación

Cuando se verifique la existencia de una colisión entre derechos se ha de acudir, como decimos, a la técnica de la ponderación, entendiendo por tal el análisis de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de los derechos en conflicto resulta afectado; y a ella se acude con el objetivo de elaborar un sistema o una regla que permita -otorgando preferencia a uno u otro derecho-, la resolución del caso mediante su subsunción en dicha regla.

La doctrina de la adecuada ponderación fue expresada por vez primera en 1942 por el magistrado del Tribunal Supremo Norteamericano H. F. Stone en su opinión discrepante en el caso "*Jones versus the City of Opelica, 316 U.D. 584*[165].

---

[162] STC 139/2001, de 6 de noviembre.

[163] SSTC 1/2005, de 17 de enero; 61/2004, de 19 de abril; 99/2002, de 6 de mayo.

[164] En el mismo sentido, STS 156/2001, de 2 de julio (FJ 6): "*Deberán ponderarse los distintos intereses enfrentados y, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, decidir qué interés merece mayor protección, si el interés del titular del derecho a la imagen en que sus rasgos físicos no se capten o difundan sin su consentimiento o el interés público en la captación o difusión de su imagen*".

[165] CREMADES, Javier. *La era de la comunicación*. http://micropoder.org/index.php?option=com_content&view=article&id=71:la-era-de-la-comunicacion-&catid=1:general&Itemid=56 Fecha de consulta: 16 de septiembre de 2015, 23:15 h

En dicha resolución, el Magistrado predicaba la determinación de una prelación relativa al caso concreto, impidiendo que el resultado del juicio de ponderación supusiera una ordenación de los derechos por su preferencia para todos los litigios que se plantearen. Es decir, no se trataría de establecer una graduación de derechos con carácter absoluto o incondicional sino que, en palabras de *Guastini* (profesor de Derecho de la Universidad de Génova), con la ponderación se buscaría una *jerarquía móvil*[166].

No obstante, el resultado recomendable de un ejercicio de ponderación nunca debiera ser el triunfo determinante de uno de los principios, ni siquiera en el caso concreto, sino la armonización de todos ellos. Es decir, *la búsqueda de una solución intermedia que sin dar satisfacción plena a ninguno* [de los derechos en conflicto] *procure la más liviana lesión de ambos*[167].

Por su parte, el Tribunal Constitucional se ha referido al principio de ponderación de muy variadas formas[168]: a veces como *criterio de proporcionalidad*[169], otras como *factor de proporcionalidad*[170] o *regla de proporcionalidad*[171], y también como *canon de Constitucionalidad*[172] o como *juicio de proporcionalidad*[173] que en el ámbito de los derechos de la personalidad, conduciría a priorizar las libertades de expresión o información sobre los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, o a la inversa, precisamente *en función de las concretas circunstancias que singularizan cada pleito*[174].

---

[166] GUASTINI, Ricardo. *Los principios en el derecho positivo*. Traducción de Jordi FERRER I BELTRÁN, Edit. GEDISA, Barcelona 1999. Pág. 170
[167] PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Ed. Trotta, Madrid 2003, pág. 192
[168] BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de estudios políticos y constitucionales*, Madrid 2005, pág. 503.
[169] SSTC 57/84; 19/88; 85/92; 219/92…
[170] STC 57/84
[171] SSTC 37/89; 113/89…
[172] SSTC 219/92; 55/96…
[173] SSTC 215/94; 76/90; 207/96…
[174] STS 617/14, de 21 de octubre, en Casación 1099/12

Sin embargo, lo cierto es que no siempre nuestro Tribunal Constitucional nos ofrece esa armonización o solución intermedia que evite una regla automática de preferencia de un derecho sobre otro, pues, tal y como ya hemos señalado con anterioridad, el TC tiene manifestado que la técnica de la ponderación debe respetar *la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de información sobre el derecho a la intimidad personal y a la propia imagen* (STC 134/1999). Posición prevalente que *deriva de que aquel derecho resulta esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático* (STC 154/1999)[175]. Manifestando también el TC que la protección constitucional de las libertades de información y de expresión alcanza un máximo nivel *cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información mediante el vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción* (STC 105/1990, de 6 de junio)[176].

Ese criterio de prevalencia es hoy admitido expresamente por el art. 11 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, el cual, al reconocer los derechos a la libertad de expresión y a recibir y comunicar información, hace una referencia explícita al respeto a la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.

No obstante, nosotros no estamos de acuerdo con ese valor prevalente que otorga el Tribunal Constitucional al derecho a la libertad de información –según explicaremos y justificaremos más adelante-, y desde luego entendemos que el concepto empleado no es afortunado. Al ponderar, esto es, al priorizar un derecho sobre otro *en función de las concretas circunstancias que singularizan cada pleito* (según se expresa el propio TC en Sentencia 215/94, por ejemplo), el Tribunal podrá optar para el caso concreto en preferir/anteponer un derecho sobre otro pero no

[175] También STC 52/2002
[176] También STC 29/2009, de 26 de enero

porque un derecho tenga más valor que otro, es decir, sea prevalente uno sobre otro (porque el valor es el mismo), sino porque en ese asunto específico es preferible dañar uno en beneficio de otro porque el caso concreto así lo exige. Pero si de antemano en análisis genérico el Tribunal entiende que en caso de conflicto, y a salvo de su decisión en cada caso particular, ya declara como *prevalente* el derecho a la información –es decir, de mayor valor o valor primordial-, el ejercicio de la ponderación ya viene mediatizado por esa *jerarquía fija* que nada tiene que ver con la jerarquía móvil de la que hablaba *Guastini*.

De cualquier modo, la labor armonizadora del Tribunal nunca puede ser arbitraria, no debe serlo, sino que habrá de estar sometida a criterios jurisprudenciales que para la prevalencia de las libertades de expresión e Información, debieran concretarse al menos y con carácter general, en dos: que las opiniones o informaciones que se divulguen se refieran a noticias sobre asuntos de interés general o relevancia pública; y en el caso de la libertad de información, que ésta sea además veraz –nunca injusta-, y por supuesto previamente intentado su contraste.

La Sentencia del Tribunal Constitucional nº 418/2014, de 2 de julio, dictada en el Recurso 1877/2012, sostiene que, desde la perspectiva del peso relativo de los derechos fundamentales que entran en colisión, la ponderación debe tener en cuenta *si la información tiene relevancia pública o interés general o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública* (STC núm. 68/2008; y SSTS de 25 de octubre de 2000 ó 14 de marzo de 2003)[177], *pues entonces el peso de la libertad de información es más intenso* (STS de 19 de julio de 2004).

Habiendo afirmado en ese sentido el propio TC[178] que *dado que la protección constitucional se ciñe a la transmisión de hechos 'noticiables'*

[177] También STS de 6 de julio de 2009, en Recurso 906/2006
[178] STC 19/2014

por su importancia o relevancia social para contribuir a la formación de la opinión pública, tales hechos deben versar sobre aspectos conectados a la proyección pública de la persona a la que se refiere, o a las características del hecho en que esa persona se haya visto involucrada (STC 12/2012), *lo "que no coincide, claro es, con aquello que pueda suscitar o despertar, meramente, la curiosidad ajena, o bien de lo que a juicio de uno de dichos medios puede resultar noticioso en un determinado momento* (STC 134/1999)[179] *y que sólo tras haber constatado la concurrencia de esta circunstancia resulta posible afirmar que la información de que se trate está especialmente protegida por ser susceptible de encuadrarse dentro del espacio que a una prensa libre debe ser asegurado en un sistema democrático* (STC 29/2009, de 26 de enero).

Tales criterios son comúnmente admitidos. Sin embargo, desde nuestro punto de vista -tal y como defenderemos más adelante-, ni aún con la concurrencia de esos criterios la prevalencia de unos derechos sobre otros debiera admitirse con carácter general.

Un sugestivo ejemplo de ejercicio de ponderación es el resuelto por el Tribunal Constitucional en Sentencia 72/2007, de 16 de abril de 2007, sobre la demanda de una mujer sargento de la Policía municipal de Madrid contra un determinado periódico que publicó una información sobre el desalojo judicial de unas viviendas durante el cual los ocupantes se resistieron teniendo que intervenir varios agentes de dicho cuerpo para reducirlos.

En este caso, la noticia iba acompañada de una fotografía que mostraba un primer plano de la demandante vistiendo su uniforme reglamentario mientras detenía a uno de los desalojados. La imagen en cuestión exponía el rostro de la agente sin que apareciera velado o pixelado.

[179] También STC 190/2013, de 18 de noviembre

Por su parte, la información se presentaba bajo el titular de "*Desalojo violento*", y en el texto impreso bajo la imagen se decía:

> "*Seis personas heridas y un detenido es el balance del violento desalojo realizado por la Policía Municipal en el barrio de Bilbao, en Ciudad Lineal. En la imagen, una agente detiene a uno de los once desahuciados –cuatro de ellos niños-...*".

Días más tarde, el mismo periódico volvía a informar del asunto y mostraba de nuevo la misma fotografía de la edición anterior con la misma exhibición del rostro de la sargento, lo que provocó que ésta formulara demanda contra el periódico, su director y el fotógrafo, alegando intromisión en su derecho a la propia imagen.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y dictó Sentencia condenando a los demandados al considerar que se había producido una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de la demandante, con grave daño moral a la misma, condenando igualmente a los demandados a abonar solidariamente una indemnización a la actora por los perjuicios causados, así como a destruir o inutilizar los clichés, planchas de imprenta o soportes de cualquier clase que contuvieran la fotografía así como a publicar la Sentencia en el número del periódico inmediatamente posterior a la fecha de su firmeza.

Interpuesto recurso de apelación por los demandados, la Audiencia Provincial de Madrid lo desestimó confirmando íntegramente la sentencia apelada.

En su argumento la Audiencia entendía que si lo noticiable hubiera sido *per se* la consideración de la actuación pública del personaje reproducido, sería admisible la información gráfica pero *como eso no acontece en el caso enjuiciado, la reproducción de la imagen de la*

demandante deviene innecesaria para la cumplida información sobre el desalojo comentado[180].

Presentado recurso de Casación ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, éste dictó Sentencia de fecha 14 de marzo de 2003 casando y anulando la Sentencia recurrida, revocando la de instancia y, consecuentemente, desestimando la demanda.

En su Fundamentación, el Alto Tribunal entendía que, en este caso concreto, *el derecho a la propia imagen cedía ante el derecho de los demandados* [los periodistas] *a difundir libremente información veraz*[181].

Recurrida en amparo, el Tribunal Constitucional confirmó la Resolución del Tribunal Supremo[182] estimando adecuado su razonamiento con el siguiente argumento:

> *"La ponderación realizada por la Sala Civil del Tribunal Supremo es correcta, y ello a la vista de las circunstancias concurrentes en el presente caso y a tenor de la doctrina constitucional... por lo que en el presente caso debe prevalecer el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz sobre el derecho a la propia imagen de la demandante".*

Los Fundamentos de la concreta ponderación que realiza el TC podemos resumirlos en los siguientes:

- En cuanto al reportaje, señalaba que "*estamos ante un documento que reproduce la imagen de una persona en el ejercicio de un cargo público*".

[180] SAP Madrid, Secc. Novena, de 14 de abril de 1997 (Rollo 293/05)
[181] STS, 14 de marzo de 2003.
[182] STC 72/2007, de 16 de abril de 2007, que ya se señaló antes.

- Sobre la fotografía en cuestión, que "*fue captada con motivo de un acto público -un desalojo judicial....-, en un lugar público (una calle de un barrio madrileño)".*
- Respecto de la información que se transmite por el periódico, que "*es incuestionable que la información es veraz y tiene evidente trascendencia pública*".
- Sobre el carácter de la fotografía, que "*tiene carácter accesorio respecto de la información publicada y no refleja a la demandante realizando cosa distinta que no sea el estricto cumplimiento de su deber*".
- Y finalmente, en el último párrafo de la Sentencia se contiene la siguiente consideración acerca de la nitidez de la imagen:

> "*En fin, aunque es cierto que la utilización de cualquier técnica de distorsión u ocultamiento del rostro de la demandada habría posibilitado que la noticia del desalojo violento hubiera llegado a los lectores de igual manera y sin merma alguna, no lo es menos que, tal como se afirma en la Sentencia recurrida en amparo, no estamos ante un caso concreto que exija el anonimato, sin perjuicio de que en otros pudiera exigirlo. En este caso, no existen razones de seguridad para ocultar el rostro de un funcionario policial por el mero hecho de intervenir, en el legítimo ejercicio de sus funciones profesionales, en una actuación de auxilio a una comisión judicial encargada de ejecutar una orden de desalojo, ante la decidida resistencia de los ciudadanos afectados*".

Sin embargo, ante tales razonamientos nosotros nos preguntamos: ¿No hubiera llegado la noticia del desalojo de igual manera a los lectores, sin merma alguna del derecho a la información, si se hubiera utilizado

cualquier técnica de distorsión u ocultamiento del rostro de la demandante? ¿Era necesario exhibir las facciones de la agente para transmitir con claridad el contenido del reportaje? ¿No se daban circunstancias especiales de seguridad que exigieran la ocultación del rostro de una funcionaria policial?.

A estas o similares preguntas dio respuesta el Magistrado D. Roberto García-Calvo y Montiel que con su *Voto Particular* sostuvo que la publicación de las fotografías de la recurrente reproduciendo su imagen física de forma claramente identificable constituía una intromisión en su derecho a la propia imagen.

Elocuente fue el argumento del Magistrado disidente, que por su interés reproducimos:

> *Es cierto que la simple observación de la fotografía pone de manifiesto que se está ante un documento que reproduce una imagen de una persona en el ejercicio de un cargo público, y que es captada con motivo de un acto público en un lugar público. La información que se transmite es veraz y tiene trascendencia pública. La fotografía, de hecho (y pese a lo que la demandante alega en su demanda), está relacionada con la información publicada y, en este sentido, y a salvo de lo que se indicará seguidamente, tiene carácter accesorio respecto de la misma. Por último, en ningún momento se imputa el ejercicio de violencia alguna a la demandante, ni la fotografía refleja a la demandante realizando cosa distinta del estricto cumplimiento de su deber.*
>
> *Sin embargo, también es cierto que en un artículo de prensa que tiene como titular "desalojo violento", la imagen gráfica que se emplea para ilustrarlo es, en los propios términos del Tribunal Supremo, la de una agente de policía ejerciendo su*

profesión, cumpliendo con su deber y sin siquiera revelar una actitud violenta. Y una fotografía, además, en la que la demandante (que no era, desde luego, la protagonista de la noticia ni tuvo especial relevancia en el desarrollo de los hechos, sino que se limitó a ser una agente más del grupo que tomó parte en el operativo), no aparece accidentalmente, ni tampoco de modo marginal, colateral, accesorio o secundario. Por el contrario, la imagen de la demandante está situada en el primer plano de la fotografía, ocupando la mayor parte del espacio disponible y constituyendo el principal y casi exclusivo centro de atención. La imagen gráfica publicada para ilustrar la noticia sobre el desalojo violento es, de hecho, una fotografía de grandes dimensiones de la demandante, en el momento de inclinarse sobre un ciudadano, que estaba tendido en el suelo. La realidad es que, en esta fotografía, todo, salvo la propia imagen de la demandante, es accesorio, marginal y secundario.

Así las cosas, se preguntaba el Magistrado ¿Qué necesidad existía de afectar tan gravemente el derecho a la propia imagen de la demandante o qué merma habría sufrido el derecho a la libertad de información si no se hubiera comprometido tan gravemente su imagen o, simplemente si, empleando los recursos tecnológicos apropiados, se hubiera evitado su plena identificación?.

En este caso y en estas circunstancias, en su voto particular el Magistrado efectuaba una sugestiva ponderación –que nosotros compartimos-, entre el derecho fundamental a la propia imagen (art. 18.1 CE), y la libertad también fundamental de información (art. 20.1.d CE), manifestando que *no era necesario optar por sacrificar ninguno en aras a proteger el interés público. El interés público a la información era perfectamente compatible con el respeto al derecho a la propia imagen de la agente policial. Ni la propia conducta de la demandante, ni las*

circunstancias en que se encontraba inmersa, justificaban el descenso de las barreras de reserva que aseguran dicho derecho fundamental, y ello simplemente –señalaba en disidencia el Magistrado-, *porque no era preciso para que prevaleciera el interés público o ajeno, que no colisionaba con el derecho a la propia imagen, en cuanto había espacio suficiente para acomodar, perfectamente y sin merma alguna, ambos derechos.*

Por estas razones, dicho Magistrado señalaba en su voto particular que *la publicación de la fotografía vulneraba el derecho a la propia imagen de la agente y, consecuentemente, debía haberse procedido a otorgar el amparo solicitado*.

Fundamentos con los que, evidentemente, estamos absolutamente de acuerdo.

3.4.- Criterio de proporcionalidad

Todo juicio de ponderación comporta ineludiblemente un margen de discrecionalidad pero no podemos olvidar que ello nada tiene que ver con la arbitrariedad, proscrita como principio general por la Constitución española en su art. 9.3, por lo que la resolución de conflictos debe llevarse a cabo dentro de un necesario ejercicio de proporcionalidad.

Efectivamente, el principio de ponderación[183] conduce a priorizar unas libertades sobre otras, unos derechos sobre otros, en función de las concretas circunstancias que distinguen cada controversia, y ello implica necesariamente el ejercicio de la coherencia y de esa proporcionalidad de la que venimos hablando como *principio inherente al Estado de derecho*[184] y que constituye *el límite de los límites de los derechos que*

[183] Definido por STC 76/95 como "la *operación de lógica jurídica que forma parte del conjunto de facultades inherentes a la potestad de juzgar que el art. 117.3 CE atribuye a juzgados y tribunales*".

[184] STC 85/1992.

deberá respetar el legislador[185], según teoría avalada por el Tribunal Constitucional en Sentencias 113/89 y 178/89, entre otras[186].

El legislador debe respetar ese límite porque la ponderación no puede ser ajena a su labor. Es verdad que la ponderación se considera como un proceso puramente judicial pero también debe ser valorada por el legislador (y por el órgano encargado de aplicar la norma, que no siempre será necesariamente un órgano judicial), en tanto que siempre será muy que deseable que las leyes sean también ponderadas.

En todo caso, el principio de proporcionalidad es uno de los criterios de interpretación más frecuentemente empleados por los Tribunales de justicia[187], y si bien es cierto que en el caso español nuestra Carta Magna no consagra de manera expresa dicho principio también lo es que desde sus inicios el Tribunal Constitucional lo ha venido empleando como criterio justificador de las medidas restrictivas de derechos fundamentales constituyendo la ponderación, en definitiva, una tarea esencialmente judicial[188].

No obstante, dentro de la jurisprudencia del TC cabría diferenciar las sentencias de amparo que pueden plantear problemas de proporcionalidad en la aplicación de la ley y sentencias de control de constitucionalidad en las que los problemas se plantearían en relación a la actuación del legislador y por tanto "en la ley"[189], aunque también es verdad que no toda la doctrina y la jurisprudencia se han expresado partidarios de la aplicación sistemática del principio de proporcionalidad.

---

[185] BACIGALUPO SAGGESE, Mariano. *La aplicación de la doctrina de los límites inmanentes a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal*. REDC nº 38, 1993. Pág.299

[186] SSTC 158/93, 341/93, 215/94, 123/97 y 157/97.

[187]GONZÁLEZ BEILFUS, Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, ed. Aranzadi, Navarra 2003, pág. 147.

[188]El art. 117.3 CE atribuye en exclusiva a Jueces y Magistrados la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, labor que implica la aplicación del derecho al caso concreto y su previa interpretación

[189] BARNES VÁZQUEZ, Javier, *Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades. Introducción, selección y análisis crítico*. Cuadernos de derecho público nº 5, 1998, págs. 333-370

Así, el magistrado *Conde Martín* en voto particular a la STC 136/99[190] puso en duda la existencia de un concepto jurisprudencial depurado de dicho principio.

En ese sentido, es cierto que inicialmente el principio de proporcionalidad fue utilizado de manera un tanto espontánea pero la influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[191] hizo que nuestro Tribunal Constitucional fuese extendiendo su uso a todos los derechos fundamentales resultando ser además dicho principio un estándar para analizar los conflictos en la Corte Europea de Derechos Humanos[192].

4.- Causas de justificación en la intromisión

Como ya hemos señalado, el art. 8 de la LO 1/1982, afirma en su apartado 1 que *no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante.*

[190] Sobre la disolución de Herri Batasuna.

[191] STEDH de 13 de diciembre de 1979 (asunto 44/79) o STEDH de 13 de Julio de 1989 (asunto 5/88), *caso Wachauf.*

[192] Sentencia de 6 de diciembre de 1992 (asunto 13710/88), caso *Niemietz v. Alemania*); Sentencia de 29 de abril de 2002 (asunto 2346/02), caso *Valenzuela Contreras v. España;* Sentencia de 25 de mayo de 1993 (asunto 14307/88), caso *Kokkinakis v. Grecia;* Sentencia de 25 de noviembre de 1996 (asunto 19/1995/525/611), caso *Wingrove v. Reino Unido;* Sentencia de 13 de febrero de 2003 (41340/98, 41342/98, 41343/98 y 41344/98), caso *Refah Partisi y otrosv. Turquía* y muchas otras.

Añadiendo en su apartado 2 que, *en particular, el derecho a la propia imagen no impedirá:*

> *a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, 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.*
>
> *b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.*
>
> *c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria.*

Completando que *las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza*.

4.1.- Actuaciones consentidas por la autoridad

En relación al apartado 1 del citado artículo 8 la norma señala como causas de justificación, en primer lugar, las actuaciones permitidas por la autoridad competente de acuerdo con la Ley. Concretamente dice que "*no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante*".

Sin ninguna duda, nos hallamos ante un enunciado indeterminado y ambiguo por ser demasiado *amplio*[193], excesivamente *vago*[194] y muy

[193] BLASCO GASCÓ, Francisco de P. *Patrimonialidad y*…. Opus cit. pág. 160
[194] ROYO JARA, J. *Curso de derecho constitucional*. Madrid, 1995, pág. 162

probablemente *inadecuado*[195] pues si los únicos requisitos exigidos para que la intromisión sea legítima están en la venia de la Autoridad y la previsión legal, la garantía constitucional del derecho a la propia imagen quedará reducida a límites cuanto menos *insuficientes o intolerables*[196].

Por ello, sin duda, nuestro Tribunal Constitucional afirmó en su Sentencia 14/2003, de 28 de enero, que la intromisión en el derecho a la propia imagen solamente será legítima si a esos requisitos se añaden otros, esto es, si la ingerencia *se revela como idónea y necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, proporcionada para lograrlo y se lleva a cabo utilizando los medios necesarios para procurar una mínima afectación del ámbito garantizado por el derecho fundamental*'.

Es decir: idoneidad, proporcionalidad y mínima afectación del derecho a la propia imagen.

4.2.- Interés histórico, científico o cultural

En segundo término, el citado apartado 1 del art. 8 señala también como causa de justificación el interés histórico, científico o cultural relevante. Pero ¿Qué significa interés histórico, cultural o científico? ¿Se incluye el interés general? En tal caso ¿A qué llamaríamos *interés general*?.

a. interés histórico

Por interés histórico hemos de entender no sólo aquel que nace de los hechos o sucesos del pasado que han caracterizado la evolución histórica de un pueblo sino *también los que forman parte de la memoria actual y diaria de la sociedad* pero entendiendo en este ámbito de la ingerencia que estamos tratando que *sólo se justificaría la intromisión si*

[195] ROVIRA SUEIRO, María E. *El derecho a la propia imagen. Especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito*. Granada, 1999. Pág. 94-95
[196] BLASCO GASCÓ, Francisco de P. *Patrimonialidad y…* Op. Cit., pág. 160

concurre el criterio del interés público, que debe ser lo suficientemente importante y relevante como para legitimar aquélla[197].

Por tanto, hablamos de trascendencia histórica con interés público.

Tal simbiosis se daría, por ejemplo, en algunas imágenes sobre catástrofes, hechos bélicos o determinados comportamientos sociales (revoluciones, sublevaciones, etc…), cuya reproducción pudiera incluso desconcertar el ánimo del sujeto o perturbar el estado emocional de una persona pero cuya divulgación podría comportar, sin embargo, un mayor beneficio que el posible daño producido, en cuyo caso cabría justificar la intromisión en el derecho a la propia imagen.

Ese podría ser el caso, por ejemplo, de las imágenes de menores abandonados en las calles de Haití tras el terremoto de enero de 2010 ó de desastres humanitarios causados en zonas de conflicto que, desgraciadamente, se dan hoy con demasiada habitualidad.

No obstante, no siempre resulta evidente la relevancia pública de la imagen so pretexto de denunciar o concienciar a la sociedad de, por ejemplo, comportamientos antisociales. Así, la Audiencia Provincial de Madrid[198] no consideró *imagen-denuncia* la reproducción de una fotografía de un recién nacido abandonado en las puertas de un Hospital al entender que no había necesidad alguna de publicar la fotografía del bebé como tampoco la había de señalar determinados aspectos sobre el estado de salud del recién nacido.

b. interés científico

En relación al interés científico, hemos de entender por tal el beneficio que la reproducción y visión de una imagen pudiera aportar en

[197] STS de 7 de octubre de 1996
[198] Sentencia de 10 de noviembre de 1998

orden al desarrollo o avance del conocimiento tecnológico, médico, sanitario, etc…

El Tribunal Supremo viene admitiendo la licitud de la divulgación de fotografías siempre y cuando la percepción integral de las mismas sea necesaria para conservar el interés científico. Así, sensu contrario, el Tribunal apreció la existencia de intromisión ilegítima sin que fuera admisible la alegación del interés científico, en la publicación de un reportaje que mostraba unas imágenes que exponían el resultado de una intervención quirúrgica en el pecho de una joven cuyas facciones de la cara resultaban identificables *pues para el conocimiento científico* –decía el Tribunal-, *no había necesidad de facilitar el reconocimiento de la joven dejando al descubierto su rostro*, y bien podía haberse deformado el rostro o haberse *pixelado* los ojos con un trazo oscuro ya que no se entiende la necesidad de mostrar el rostro *máxime cuando se trata de una intervención quirúrgica sobre una parte íntima del cuerpo*[199].

Evidentemente, decía el Tribunal, es legítimo publicar imágenes de personas, sean o no mayores de edad, en libros, publicaciones, folletos, etc… o proyectarlas en sesiones o conferencias para ilustrar determinadas intervenciones, enfermedades o malformaciones físicas *pues ello puede incidir en el avance del conocimiento científico*, pero siempre debe ocultarse la identidad –desde luego siempre en el caso de un menor-, o cuanto menos, impedir su reconocimiento si ello no aporta información alguna y, claro está, *si con ello no se elimina el interés científico*[200].

Por tanto, en cuanto al requisito de que los hechos revistan interés histórico o científico, lo que habrá que plantearse es si la información tiene trascendencia para la sociedad o contribuye a la formación de la opinión pública o si afecta a personas de relevancia o interés público y si,

[199] STS de 29 de septiembre de 1992

[200] GITRAMA GONZALEZ, Manuel. *El derecho a la propia imagen, hoy*, en Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, Vol VI. Madrid, 1998, pág 228.

además, aporta beneficio al avance de las ciencias. Sólo si se dan estas circunstancias podríamos afirmar que se cumple con la primera exigencia para justificar la intromisión en el derecho a la propia imagen.

c. interés cultural relevante

En lo que respecta al interés cultural, podríamos conceptuarle como aquel que hace referencia al conjunto de manifestaciones artísticas, literarias o intelectuales que conforman una época o se refieren a una persona determinada. Eso sí, sin que quepa dar cabida alguna -al amparo de un hipotético interés cultural-, a la utilización de imágenes de sujetos para usos distintos a los propios de tal categoría, y mucho menos con una índole publicitaria, tal y como sostiene la antedicha STS de 7 de octubre de 1996 que declara intromisión injustificada la emisión de la imagen de un menor –sin su consentimiento ni el de sus representantes-, en un anuncio de concienciación para la ayuda de ancianos porque, a la postre -decía el Tribunal-, *el fin era publicitario.*

Sin embargo, no todas las resoluciones son tan incuestionables. Véase si no, un curioso asunto -resuelto con razonamientos que no dejan de parecernos sorprendentes-, que se aborda en la Sentencia del TS de 21 de diciembre de 1994 sobre el caso de los herederos de una artista cuya imagen tomada muchos años atrás fue reproducida en unos carteles sin el conocimiento ni consentimiento de aquéllos, los cuales entendían que tal publicación suponía una intromisión en el derecho a la propia imagen de su ascendiente.

En tal caso, y con independencia del debate sobre la patrimonialización de la imagen y del derecho de los herederos, las consideraciones del Tribunal no dejan de asombrar al entender que tal intromisión no llegó a producirse "*por el interés cultural de dicha reproducción*" (se trataba de carteles anunciadores de Zarzuelas que pretendían fomentar el resurgimiento de este género), y porque "*en el*

actual supuesto se trata de una reproducción fiel de la imagen de la actriz en relación a los carteles de 1934 y no supone en forma alguna una representación grotesca, insultante, ridícula, soez, difamatoria, degradante de la misma, o en cualquier manera y de su bien ganado y reconocido prestigio escénico ...".

Consideraciones estas sobre la inocuidad de lo plasmado que nos parecen absolutamente superfluas para estimar si se produjo o no violación del derecho a la propia imagen, ya que, desde nuestro punto de vista, bastaba con que el Tribunal hubiese analizado si las reproducciones habían sido utilizadas para fines comerciales, publicitarios o de naturaleza análoga, y entonces decidir si ello suponía o no una intromisión en el derecho a la propia imagen.

4.3. Interés público

Aunque la LO 1/1982 no habla para nada de *interés público*, el concepto es precisamente básico para delimitar hasta dónde puede llegar una información pues la noción de interés público es la que autoriza o no la intromisión y la que permite, por ejemplo, que prevalezca el derecho a la libertad de información del art. 20 CE o los derechos a la personalidad del art. 18.

Respecto a si el *interés público o general* debiera ser incluido como criterio de justificación de la intromisión parece evidente que así debiera considerarse pues hay imágenes que sin tener interés cultural ni científico ni histórico sí pudieran tener un interés público o general en la medida en que tratasen de denunciar o poner en evidencia situaciones injustas o contrarias a los valores superiores de la Constitución.

Evidentemente hablamos de verdadero y determinante interés público, que nunca debiera confundirse, por ejemplo, con *el interés morboso del público por la vida de las personas* ya que *la libertad de*

información no está para satisfacer esa curiosidad"[201], y sin que tampoco debiera equipararse el interés informativo con el interés del medio o del público sobre un determinado sujeto o hecho pues *la relevancia comunicativa no puede confundirse con la simple satisfacción de la curiosidad ajena*[202]. Y desde luego, si los sujetos afectados carecieran de proyección pública o notoriedad, sólo si la información o la imagen emitida ostentara por sí misma la consideración de "*interés público*" cabría justificar la injerencia en el ámbito tutelado por el derecho a la propia imagen.

Por ejemplo, el interés público o general de la noticia se considera implícito *en cualquier información que afecte a hechos o sucesos de relevancia penal* (SSTS de 31 de julio de 1995, de 8 de julio de 2004 o de 12 de febrero de 2009)[203] pues la naturaleza delictiva del acontecimiento criminal posee extraordinaria importancia y trascendencia social hasta el punto de que *justifica no solo el interés público especial de la información, sino incluso el que se expresen los datos de identidad de los afectados o detenidos* (STS de 24 de octubre de 2008, RC n.º 651/2003). El interés público de tales informaciones deriva del *interés de la sociedad en conocer y evitar la posible impunidad de hechos delictivos* y por tanto, la divulgación de tales noticias tiene relevancia social *por ser de interés para la comunidad* (STS de 1 de marzo de 2011, Recurso de Casación núm. 924/2009).

Como derivación del criterio anterior podemos encontrar la STS núm. 146/2014, de 4 de marzo (Recurso 2365/11), que señala como de interés público, y por tanto justificador de la invasión en el derecho a la propia imagen, las grabaciones llevadas a cabo en lugares públicos de los actos cotidianos de una persona para probar en juicio de faltas la falsedad de sus alegaciones sobre su dificultad de salir a la calle y sus supuestos impedimentos físicos, entendiendo el Tribunal que el interés público de

[201] SSTC 89/2006, de 27 de marzo; 127/2003, de 30 de junio.
[202] STS 1102/2002
[203] También STS de 2 de diciembre de 2009 y 13 de septiembre de 2010

tales grabaciones radica en el propio de *evitar la obstrucción al ejercicio de la potestad jursdiccional*, prevaleciendo en este caso, además, *el derecho de defensa*.

Sin embargo, aún en presencia de un interés público, pudiera ocurrir que la difusión de la imagen resultare ilegítima si, por ejemplo, se llevara a cabo utilizando medios *inidóneos* para la satisfacción de dicho interés[204].

En ese sentido, es inidóneo por ejemplo el uso de la técnica periodística denominada "*cámara oculta*" pues "*con independencia de la relevancia pública de la información que se pretenda obtener y difundir, la captación videográfica inconsentida de imágenes mediante la utilización de cámaras ocultas para su posterior difusión, también inconsentida, en que aparezca plenamente identificado el afectado, no resulta necesaria ni adecuada, desde la perspectiva del derecho a la libertad de información, al existir, con carácter general, métodos de obtención de la información y, en su caso, una manera de difundirla en que no queden comprometidos y afectados otros derechos con rango y protección constitucional*" (STC 74/2012, de 16 de abril).

Tal cuestión de la inidoneidad también fue analizada directamente por el Tribunal Supremo en Sentencia de la Sala 1ª, de 29 de mayo de 2004[205], con ocasión de una demanda instada contra la publicación de una noticia en un periódico de las Palmas de Gran Canaria bajo el titular: "*Un hombre murió ahogado cuando se bañaba en la playa de Alcaravaneras*" y que informaba sobre el fallecimiento de un parapentista que fue sacado del agua por varias personas y cuyo cuerpo fue depositado en la playa.

[204] Sensu contrario, STC 14/2003, de 30 de enero

[205] Doctrina confirmada por STS de 15 de julio de 2005

La noticia reflejaba la circunstancia de que los médicos del Servicio Regional de Urgencias trataban de practicarle una reanimación que resultó infructuosa y se acompañaba de una fotografía que ocupaba casi media página, que mostraba el cuerpo del infortunado deportista tendido boca arriba en la playa mientras que el personal sanitario del Servicio Regional de Urgencias comprobaba su pulso en el cuello.

Absuelto el medio de comunicación en primera y segunda instancia, los familiares del fallecido terminaron demandando la casación de la Sentencia ante el Tribunal Supremo, reclamando por presunta vulneración de los derechos a la intimidad familiar y a la propia imagen. La Sala, por su parte, terminó absolviendo a los demandados por entender que su actuación informativa estaba amparada por el artículo 20.1 d) de la Constitución Española, en este caso *prevalente respecto de los otros dos derechos fundamentales en conflicto* (imagen e intimidad).

De manera sintetizada, el Alto Tribunal entendía que la noticia y la fotografía que la acompañaba presentaban *interés público por las circunstancias del hecho y del lugar, pleno de publicidad y cuando el fallecido fue atendido sin éxito por un servicio comunitario*.

Para la resolución del conflicto, la Sala valoraba las siguientes circunstancias:

1º. El lugar del accidente: las escolleras del Parque Marítimo del Puerto de la Cruz, al que el Tribunal calificaba como lugar público.

2º. La actividad que desarrollaba el fallecido, que para el Tribunal también era de naturaleza pública: la actividad deportiva del parapente.

3º. El interés público de la noticia, tanto por el lugar como por las circunstancias del rescate (con intervención del Cuerpo de Bomberos, servicios sanitarios y un helicóptero de Protección Civil), así como por la

trascendencia de llamar la atención sobre el peligro que supone realizar esa actividad deportiva en esa concreta zona.

4º. Por último, entendía el Tribunal que las fotografías -que se reconocían desgarradoras-, no eran irrespetuosas con la persona fallecida.

Tal análisis no nos parece de todo punto acertado pues tampoco hubiera afectado al interés general el hecho de que el rostro del fallecido hubiera sido desvirtuado haciéndole irreconocible, como así recomendaba, por cierto, la STS de 29 de septiembre de 1992 antes analizada.

Recomendación que también se deduce, por ejemplo, de la STC 185/2002 sobre la revelación de datos de una víctima de agresión sexual en la que el Tribunal se pronunció tajantemente declarando la inexistencia de interés público alguno en revelar tales datos: "*en modo alguno puede exigirse a nadie que soporte pasivamente la difusión periodística de datos tan relevantes sobre su vida privada cuyo conocimiento es trivial e indiferente para el interés público. Porque es notorio que la identificación de la victima de la agresión fue, en el sentido más propio de las palabras, irrelevante a efectos de la información que se quiso transmitir*"

Evidentemente, a la hora de confrontar la libertad de información y la propia imagen y/o la intimidad, la relevancia pública del hecho divulgado es un elemento decisivo, sobre cuyo conocimiento la opinión pública puede estar interesada legítimamente. El problema es que la opinión pública puede estar legítimamente interesada en temas muy importantes pero a veces puede estarlo en temas absolutamente intrascendentes y la misión de los Tribunales es determinar qué legítimo interés debe ser protegido y cuál no pues ya sabemos que el *interés público* no debe confundirse con el *interés del público*. Sin embargo a veces se confunden los términos. Por ejemplo, recordamos la publicación

de las fotografías de un conocido financiero comiendo un bocadillo en su celda, que el Supremo consideró de interés público porque, admitida la importancia para la opinión pública del hecho de que el conocido personaje se encontraba en la cárcel, *la foto venía a ser un complemento de la noticia de su prisión*[206].

Ciertamente la foto era inconsentida y el interior de la cárcel no parece que pueda ser considerado como lugar público, y desde luego se nos hace difícil de entender que la ingesta de un bocadillo pueda ser noticia de interés público. Pero si los Tribunales deciden que lo sean, lo son.

Por otro lado, en lo que respecta al segundo apartado del art. 8, lo primero que queremos hacer es llamar especialmente la atención sobre la redacción que el legislador ha dado a la norma y en particular al uso de la conjunción copulativa "*y"* (conjunción ***propia*** con uso ***aditivo***), en el 2 a) del citado art. 8 de la LO 1/82, en cuanto a que el mismo se refiere a *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*. Redacción sobre la que llamamos la atención porque en una interpretación lógica, gramatical y directa, significaría que para que operase la legitimidad de la intromisión en lo que respecta a los términos de dicho apartado 2 a), se requeriría la coincidencia de "*cargo público o profesión de notoriedad*" **y** "*acto público o lugar abierto al público*". Es decir, la concurrencia de dos requisitos conjunta y vinculadamente y no alternativamente: "uno *y* otro", no "uno *u* otro".

En todo caso, vemos que la norma justificaría la captación, reproducción o publicación de una imagen cuando se tratare de personas que ejercieran un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se captara en un acto público o en lugares

[206] STS, 1ª, de 8 de julio de 2004

abiertos al público. Es decir, “cargo público o notoriedad” y “acto o lugar público”, como dos elementos subjetivos necesarios y concluyentes.

Sin embargo no es así y vemos cómo repetidamente nuestros Tribunales -en lo que para nosotros no deja de ser una subversión de la norma-, permiten la injerencia en el derecho a la propia imagen con la sola anuencia de cualesquiera uno de ambos elementos.

Eso sí, introducen un componente más como barrera frente a la vulneración -en lo que coincide gran parte de la doctrina-, y es que la justificación sólo operaría si la imagen reproducida fuese actual[207].

4.4 Persona pública y personaje notorio o de proyección pública

En relación al primer elemento subjetivo, esto es, personas que ejerzan un *cargo público*, de *notoriedad* o *proyección pública*, nos lleva a preguntarnos quién es el sujeto sobre el que versa la información o la reproducción de la imagen ya que la respuesta que se nos ofrezca será trascendental pues la propia jurisprudencia hace que la eficacia de las libertades de expresión e información y de los derechos al honor, intimidad y, como es el caso, a la propia imagen, dependa de la naturaleza de la persona involucrada porque –como ya se señaló antes-, *los personajes públicos deben soportar un cierto mayor riesgo de lesión en sus derechos de la personalidad que las personas privadas*[208] y *están obligados a soportar un cierto riesgo de que sus derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general*[209].

Respecto a determinar quién puede ser *persona que ejerza un cargo público* parece poco discutible, pero la concreción de quién es o quién puede ser considerado *personaje de relevancia o interés público* ya no es una cuestión tan pacífica pues existe –desde nuestro punto de

[207] GITRAMA GONZALEZ, Manuel. *Imagen… Opus cit. P*ág. 354 y HERRERO-TEJEDOR, Fernando. *Honor, intimidad y… Opus cit.* pág. 205
[208] STC 17/1993, de 18 de enero
[209] STC 134/1999, de 15 de julio

vista-, un absoluto desconcierto conceptual, muchas veces intencionado, que nos va a obligar una vez más a buscar respuesta en nuestra doctrina y jurisprudencia; aunque una y otra no siempre nos ayudarán a descifrar el desbarajuste.

De entrada, y en cuanto a la confusión consistente en identificar *persona pública* con *personaje notorio* y *personaje de interés general* o *de proyección pública* con *persona privada*, podemos avanzar una distinción en tres tipos de personas: *persona pública*, *personaje notorio o de proyección pública* y *personaje de interés circunstancial*.

a- Persona pública

Desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial, *personaje o persona pública* sería únicamente aquel que tiene *atribuida la administración del poder público o que ejerce funciones públicas*[210]. Pudiendo diferenciarse a su vez, por un lado, entre *los funcionarios* y por otro, *quienes ocupan su puesto por elección*[211] ya que estos últimos al haber decidido voluntariamente desprenderse del anonimato para participar de manera activa en la cosa pública *deben soportar un cierto mayor riesgo de injerencia en sus derechos de la personalidad que las personas privadas*[212] en tanto que en un sistema inspirado en los valores democráticos, el riesgo a esa injerencia *es inseparable de todo cargo de relevancia pública*[213].

Eso sí, dejando siempre a salvo a todas aquellas autoridades o personas que *desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato*[214].

[210]STC 20/2002, de 28 de enero y 132/1995, de 11 de septiembre.
[211] Por todas, STC 101/2003, de 2 de junio.
[212] STC 19/1996 (F. 4) y STC 134/1999, de 15 de julio, ya citada.
[213] STC 159/1986, de 16 de diciembre.
[214] Último párrafo del art. 8.2 de la LO 1/1982

La jurisprudencia entiende que los personajes públicos deben soportar mayores intromisiones en su vida privada o ver reducida su esfera de intimidad porque no deben ser equiparados totalmente a las personas privadas. Ahora bien, "*mayor riesgo de injerencia*" no significa que puedan o deban verse privados de los derechos de la personalidad pues –como ya dijimos antes-, nada hay en nuestra Constitución que legitime esta privación.

En todo caso, si lo publicado o revelado es innecesario para la información o crítica relacionada con el desempeño del cargo público, el personaje tendrá la consideración de *un particular como otro cualquiera y a todos los efectos podrá hacer valer su derecho*[215].

b- Personaje notorio o de proyección pública

Se refiere a todas aquellas personas que *alcanzan cierta publicidad por la actividad profesional que desarrollan* o por *difundir habitualmente hechos o acontecimientos* de su vida privada[216] o que *cuentan con una frecuente presencia en los medios de comunicación exponiendo al conocimiento de terceros su actividad profesional*[217] y, por tanto, deben asumir el riesgo de la injerencia *no por ser en puridad personajes públicos, sino porque su notoriedad pública se alcanza por ser ellos quienes exponen al conocimiento de terceros su actividad profesional o su vida particular* (STC 134/1999, de 15 de julio, antes citada).

En cuanto a la proyección pública, esta es una consecuencia de la propia notoriedad pública de la persona en razón de su actividad profesional destacada[218] o del puesto que ocupa o desempeña[219], de tal modo que la proyección pública sería una figura accesoria de la

[215] STC 134/99, de 15 de julio

[216] STC 192/1999, de 25 de octubre
[217] STC 83/2002 y STS 99/2002, de 6 de mayo
[218] STS, de 24 de abril de 2000.
[219] STC, de 28 de enero de 2002, ya citada

notoriedad pública[220], en cuyo caso podríamos afirmar que no subsistiría la proyección pública de alguien que no tuviese notoriedad pública pues su proyección derivaría precisamente de su propia notoriedad. Por ello nosotros incardinamos dentro de este subgrupo, como una sola naturaleza, al *personaje notorio* y al *personaje de proyección pública* aunque algunos autores es verdad que hacen distinción de tales categorías.

No obstante, la confusión no termina de disiparse ni las concreciones jurisprudenciales son determinantes pues la referencia legal a personas que ejerzan una profesión de notoriedad o proyección pública *debe entenderse en un sentido amplio*[221], lo que hace que a la postre el concepto no tenga una delimitación exhaustiva.

Evidentemente, el concepto de *notoriedad* no es un criterio recogido por el ordenamiento jurídico español y por ello, desde nuestro punto de vista, no es proporcional que tenga tal relevancia constitucional hasta el punto de limitar un derecho reconocido en la propia Constitución. Sí entenderíamos la preeminencia si la notoriedad fuera acompañada de otras cualidades ya que si definimos *la notoriedad* por la actividad profesional que desarrolla el personaje o por difundir habitualmente hechos o acontecimientos de su vida privada contando con una frecuente presencia en los medios de comunicación tampoco estaríamos formulando delimitación clara y concluyente.

Por el contrario, sí estamos en condiciones de interpretar claramente qué se quiere decir con lo de *personas con fuerte presencia en los medios de comunicación;* y también es fácilmente comprensible qué se quiere decir con lo de *difundir habitualmente acontecimientos de su vida privada*[222]*.* En tales casos parece oportuno admitir que esos personajes deban soportar *por su propia opción, mayor exposición*

[220] STC 83/2002
[221] SSTC de 17 de diciembre de 1997 y 25 de octubre de 2000
[222] Opción de algunos como *modus vivendi* para buscar una fama de la que obtener beneficios, fundamentalmente económicos

pública y más amplias críticas u opiniones[223] pues al fin y al cabo ello no sería más que un riesgo que habrían asumido voluntariamente y *una servidumbre propia del status de que disfrutan*[224].

Sin embargo, esa circunstancia no puede ser entendida radicalmente y mucho menos en el sentido de que el personaje público acepte libremente el *riesgo de lesión de la intimidad que implica la condición de figura pública*[225] pues *si la información no tiene interés público y viola la intimidad, puede ser considerada como una intromisión ilegítima, a pesar de la notoriedad de la persona*[226].

La Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2ª, núm. 176/2013, de fecha 21 octubre, sostiene que *no toda información que se refiere a una persona con notoriedad pública goza de especial protección*, sino que para ello es exigible, *junto al elemento subjetivo del carácter público de la persona afectada, el objetivo de que los hechos constitutivos de la información, por su relevancia pública, no afecten a la intimidad, por restringida que ésta sea* (STC 197/1991). Igualmente añade que la notoriedad pública no priva al sujeto del derecho a mantener, más allá de esta esfera abierta al conocimiento de los demás, un ámbito reservado de su vida como es el que atañe a sus relaciones afectivas, sin que su conducta en su actividad pública elimine el derecho a la intimidad de su vida personal, *si por propia voluntad decide mantenerla alejada del conocimiento general*, *ya que corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que se reserva*.

Efectivamente, son numerosas las sentencias que protegen los derechos de las personas notorias o de proyección pública, siendo ya clásica la dictada en el caso *Tous-Montiel* (STC 197/1991, Sala Segunda,

[223] SSTS de 14 de marzo de 1996 y 14 de junio de 1996.
[224] STS de 24 de mayo de 1990. Caso Gunilla Von Bismarck
[225] STC 197/1991, de 17 de octubre.
[226] STS de 6 de noviembre de 2003

de 17 de octubre de 1991, de la que antes ya hemos hecho reseña), que señaló:

> *"Aunque el derecho a la intimidad, como límite a la libertad de información, deba ser interpretado restrictivamente, ello no supone que los personajes públicos, por el hecho de serlo, y aún menos sus familiares, hayan de ver sacrificado ilimitadamente su derecho a la intimidad ...".*

En similar sentido se pronuncia la STC núm. 332/2010, de 24 mayo al afirmar que *el interés público cede ante el derecho de toda persona a una protección efectiva en el ámbito estricto de su vida privada ante el acoso y persecución que soportan en razón a su notoriedad, en aquellos casos en los que buscan expresamente esa privacidad frente a una posible captación y reproducción de su imagen.*

Ello debe ser así *porque una cosa es que los personajes con notoriedad pública ven inevitablemente reducida su esfera de intimidad, y otra distinta que, más allá de ese ámbito abierto al conocimiento de los demás, su intimidad permanece y, por tanto, el derecho constitucional que la protege no se ve minorizado en el ámbito que el sujeto se ha reservado y su eficacia como límite al derecho de información es igual a la de quien carece de toda notoriedad (SSTC 134/1999; 115/2000)*[227]*, siendo lo relevante en este caso que no prestaron consentimiento expreso o tácito ni a la obtención de las fotos y a la publicación ulterior de las mismas, y que no es posible exigir un aislamiento espacial extraordinariamente gravoso de estas personas para poder disfrutar de la privacidad a la que también tienen derecho ante el acoso de determinados medios de comunicación.*

[227] También STC de 12 de julio de 2002.

b.1 *Caso Isabel Preysler*

En este ámbito de los derechos de la personalidad un caso ejemplarizante lo tenemos en la Sentencia dictada en el *caso Preysler*[228] confirmada posteriormente por el TEDDHH en su Sentencia de 13 de mayo de 2003.

El asunto versó sobre la publicación en 1989 en una conocida revista del corazón, el semanario *Lecturas*, de una serie de capítulos sobre *Isabel Preysler* -conocido personaje de la vida social española-, en los que una antigua empleada suya relataban su supuesta vida, aficiones, relaciones amorosas, etc…

La Sra. *Preysler* demandó por vulneración de su derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 CE) y, entre otros extremos, pidió una determinada indemnización. El Juzgado de Primera Instancia nº 32 de Barcelona, en Sentencia de 23 de mayo de 1991, estimó parcialmente la demanda y, entre otros pronunciamientos, condenó solidariamente a los demandados a pagar a la actora poco más de 30.000 euros

Los demandados (también la actora *Sra. Preysler*) recurrieron ante la Audiencia Provincial de Barcelona, cuya Sección 11ª, en Sentencia de 12 de enero de 1993, desestimó los recursos de apelación interpuestos (a excepción del interpuesto por el periodista firmante de los capítulos, a quien absolvió), estimando parcialmente el de la actora y revocando en el único sentido de elevar la cuantía indemnizatoria por encima de los 60.000 euros.

Recurrida por los demandados en Casación, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 31 diciembre de 1996, estimó el recurso y absolvió a los

[228] STC 115/2000, de 5 de mayo de 2000.

recurrentes *porque el contenido del reportaje no atentaba gravemente contra el derecho a la intimidad de la actora*.

No conforme, la *Sra. Preysler* recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional, que por STC núm. 115/2000, de 5 de mayo anuló la resolución recurrida y declaró la lesión de su derecho a la intimidad personal y familiar porque consideró que la información publicada *no revestía interés público, a pesar de su notoriedad social*.

Posteriormente, el Tribunal Supremo, por Sentencia de 20 de julio de 2001, sustituiría la anulada por el Tribunal Constitucional y establecería una indemnización por importe 400 veces inferior al concedido por la Audiencia Provincial, calificando el contenido del reportaje como *insignificante*.

La *Sra. Preysler* volvió a recurrir en amparo por indebida ejecución de la STC 115/2000 y el Tribunal Constitucional, en su STC núm. 186/2001, de 17 de septiembre, estimó el recurso admitiendo que se había vulnerado el derecho a la intimidad personal y familiar de la *Sra. Preysler* y anuló la Sentencia impugnada, fijando la indemnización en el importe que había sido señalado inicialmente por la Audiencia Provincial, esto es, 60.101,21 euros[229].

El director y la editora de la revista Lecturas presentaron entonces demanda contra España con motivo de la STC 186/2001 y el TEDDHH daría finalmente la razón al Tribunal Constitucional español en Sentencia de la que antes hemos hablado, de fecha 13 de mayo de 2003.

De los Fundamentos de la Sentencia del TEDH, en lo que ahora nos importa, destacamos aquel que señala que *el reportaje no contribuye*

[229] Dos Magistrados emitieron un voto particular a la Sentencia criticando, precisamente, la cuantía fijada por el Tribunal Constitucional –aún por la vía de la remisión a la Sentencia de Audiencia- y propusieron devolver nuevamente el caso al Tribunal Supremo.

a un debate de interés general para la sociedad a pesar de la notoriedad pública de la demandante. Y a pesar de que podría alegarse –como hizo el Tribunal Supremo para negar la vulneración del derecho a la intimidad- que la información publicada únicamente ponía de manifiesto detalles insignificantes de la vida de *Isabel Preysler,* lo cierto es que, al haber sido revelados por una persona que trabajaba para ella –su empleada de hogar-, estaban sujetos a una obligación de mantener la reserva, tal y como se contempla en el art. 7.4 de la LO 1/1982. Y, obviamente, la obligación se da tanto para las personas públicas como para las privadas.

Algunos medios de comunicación vienen repitiendo con demasiada frecuencia que las personas públicas no tienen derecho a la intimidad ni a su propia imagen, bien por ese carácter público de la persona en cuestión o bien porque se benefician económicamente de la exhibición pública de su vida e imágenes, y aunque obviamente deba valorarse la actitud de cada persona respecto de sus propios actos y su propia vida (ese es el sentido de la Ley 1/82, cuyo art. 2 dice que la protección civil "*quedará limitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para si mismo o su familia*"), no podemos olvidar que los derechos son predicables de todas las personas, tanto privadas como públicas.

Es verdad que los personajes notorios pueden y en algunos casos deben ver limitados sus derechos a la propia imagen o la intimidad pero ello no puede suponer –tal y como venimos manteniendo-, que tengan que soportar sólo por tal condición cualquier tipo de ingerencia. Y mucho menos cuando la notoriedad la adquieren no por voluntad propia sino por voluntad de los medios.

Hablamos por ejemplo de alguien que, en el ejercicio de su libertad, no quiere ser *noticiable* pero tiene una imagen o unas circunstancias personales que *venden* y ello sirve de pretexto para que

algunos medios de comunicación la utilicen –aún sin su consentimiento-, con el único objetivo de ganar audiencia.

¿No estarían los medios de comunicación, en ese caso, suplantando al ordenamiento al acotar la definición de "*personaje de proyección pública*" en función de las veces que usan la imagen de una persona, incluso sin su beneplácito, normalmente para obtener un mayor rédito empresarial?.

Este nos parece que es uno de los problemas del poder económico –también llamado *quinto poder*– que se ha convertido en el primer poderío y que ha tomado los mandos del *cuarto poder* -los medios de comunicación-, cuya labor fundamental -informar y entretener-, parece ceder en ocasiones ante un nuevo objetivo que se vislumbra en el horizonte y que, desde nuestro punto de vista, no es otro que el de sustituir a los tres poderes clásicos de *Montesquieu*. Un problema que nos debiera llevar a exigir en mayor medida a las empresas de comunicación y a los periodistas en particular, el respeto a los derechos constitucionales (expresamente a los derechos de la personalidad), sin que fuera admisible el establecimiento de criterios de prevalencia al socaire de intereses no siempre justificados.

Es cierto que los medios de comunicación son una herramienta necesaria para garantizar la libertad de información pero no son ni deben ser el instrumento de control del ejercicio de los derechos de los demás pues *no son los medios de comunicación los llamados por la Constitución española para fijar qué sea o no de relevancia o proyección pública*[230].

Esto que acabamos de exponer es a nuestro parecer lo que está ocurriendo en gran medida: los medios de comunicación son los que, de una u otra forma, están marcando el camino de dicha concreción. Y es incuestionable que poco o nada tiene que ver con una función social el

[230] STC 20/1992

asedio a personas consideradas *de notoriedad o proyección pública* –consideración que en muchos casos no se ajusta a la realidad-, sólo para conseguir unas imágenes casi siempre tan intrascendentes como innecesarias para transmitirlas o publicarlas sin su consentimiento; máxime cuando esas imágenes se refieren, en multitud de ocasiones, a personas que no desean esa notoriedad o a contenidos que carecen de interés general.

b.2 *Caso Telma Ortiz*

Un ejemplo bastante claro de persona que no desea notoriedad pero que la puede alcanzar por mor del uso inconsentido de su imagen en los medios de comunicación fue el que provocó el que fuera mediático "*caso Telma Ortiz*"[231], procedimiento dirigido contra numerosos medios de comunicación cuyo propósito inmediato no era ciertamente la protección del derecho a la propia imagen (se trataba de un procedimiento cautelar incidental) sino la petición de medidas cautelares respecto de ese derecho.

Presentada la demanda, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Toledo -por vía de Recurso de apelación-, desestimaron la solicitud de adopción de medidas cautelares pero al objeto de discernir si amparaban o no la petición de Dª Telma Ortiz Rocasolano y su entonces pareja E. M. L., ambas instancias entraron de manera tangencial a resolver sobre el carácter de las personas de que se trataba en cuanto a si, al menos indiciariamente, nos encontrábamos o no frente a personajes notorios o de proyección pública.

[231] Procedimiento de Medidas cautelares 80/2008, del Juzgado de Primera Instancia nº 3, de Toledo, seguido a instancia de la hermana de quien hoy es Reina de España, Dª Leticia Ortiz Rocasolano, entonces Princesa de Asturias, en solicitud de la obligación de abstenerse los demandados –varios medios de comunicación-, de captar, publicar, distribuir, difundir, emitir o reproducir por medio alguno imágenes o instantáneas de los actores –se refería a Dª Telma y su pareja-, así como que nadie a cargo o por encargo de los demandados, captare, publicare, distribuyera, emitiera, difundiera o reprodujera por cualquier medio, fotografías o imágenes de los mismos, con el apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia si incumplieren la resolución judicial, excepción hecha de aquéllas imágenes o instantáneas tomadas en ceremonias oficiales o actos de carácter protocolario.

En ese sentido, la Magistrado-Juez de la primera instancia sostuvo en la Fundamentación jurídica del Auto desestimatorio que "*ambos* [Dª Telma Ortiz y su entonces pareja] *son, al menos indiciariamente, personas con proyección pública... incluso sin hacer referencia al parentesco directo de la demandante con su Alteza la Princesa de Asturias*".

Conclusión de difícil comprensión pues si no se toma en consideración la referencia al parentesco con la entonces Alteza Real ¿De dónde les vendría a los demandantes la proyección pública?.

Dijo la Juzgadora a quo que por "*el sentido amplio que del concepto de personas con proyección pública mantienen tanto el Tribunal Supremo como el Constitucional*" [232]. Pero sentido amplio ¿En virtud de qué argumento?. No se nos aclara.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Toledo (que desestimó el recurso planteado por los demandantes sobre la base de inexistencia de apariencia de buen derecho), al resolver el recurso planteado por la parte actora modera el criterio de la primera instancia y señala:

> "*Esta Sala abriga dudas acerca de si la Sra. Ortiz Rocasolano*[233] *es o no una persona con proyección pública... lo dicho lleva consigo que esta Sala no puede afirmar ni negar si en este caso se da o no la condición de persona con proyección pública puesto que ni por la jurisprudencia, contradictoria como hemos visto en algunos aspectos, ni por el contenido de la actividad de Dª Telma Ortiz, cabe sostener una posición clara*"[234].

[232] Del Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 3, de Toledo, de fecha 15 de mayo de 2008.
[233] La Audiencia provincial olvidó incomprensiblemente referirse a la pareja de Dª Telma Ortiz, también demandante.
[234] Auto de fecha 3 de noviembre de 2008, dictado en el Rollo de apelación 44/2008, de la Sección Primera de la Audiencia provincial de Toledo, FJ 3.

Postura ambigua que, sin embargo, no impidió que la Audiencia provincial de Toledo nos dejara una sorprendente justificación de la que iba a ser su visión desestimatoria en el sentido de que "*no se puede descartar que en un futuro* –decía el Tribunal-, *Dª Telma Ortiz Rocasolano y D. Enrique... puedan ser protagonistas de hechos que tengan relevancia informativa*". Afirmación que nos lleva a preguntar con cierta perplejidad ¿De quién o quiénes puede descartarse taxativamente un hipotético protagonismo futuro? ¿No estaríamos con tal criterio incluyendo a todos los particulares en la condición de públicos o notorios con base en una mera presunción de futuro?.

No obstante, ese no es el único criterio que nos sorprende de entre todos los utilizados en la resolución de la Audiencia provincial. Hay otros dos aspectos que también queremos destacar por su particularidad: uno, muy licencioso, cuando analiza el posible encaje de los demandantes en la figura de "*personajes de notoriedad pública*"; y otro, mucho más interesante y fundado, cuando examina la posible *censura previa*[235] alegada por los demandados para quienes, de estimarse la petición, se incurriría en esa inconstitucionalidad.

Respecto del primero (análisis acerca de la posible notoriedad de los demandantes), el Tribunal sostiene en un argumento que no deja de asombrar, que Dª Telma Ortiz tiene una cierta proyección pública *puesto que es colaboradora de Organizaciones Gubernamentales, como Cruz Roja o Médicos sin Fronteras... Es decir, que se dedica a una actividad que sí tiene un interés social*.

Evidentemente, desde un análisis jurisprudencial objetivo, esa afirmación no sólo no se sostiene sino que conlleva un riesgo palmario al inducir a conclusiones tan insólitas como que cualquier individuo pudiera

[235] El art. 20.2 CE dispone que "*el ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa*".

tener en un momento dado la consideración de *personaje con proyección pública* por el único motivo de trabajar en una ONG o en cualquier otra entidad con tal proyección.

En ese sentido, desde nuestro punto de vista el Tribunal confunde el fin u objeto de una institución por razón de su actividad o dedicación humanitaria (eso y no otra cosa es el *interés social* de *Cruz Roja* o *Médicos sin Fronteras*), con el *interés social* que una noticia -en este caso, una imagen-, encierra en sí misma por razón del hecho o la persona fotografiada. Es decir, para el Tribunal lo trascendente no es que la imagen "*se desenvuelva en el marco del interés general del asunto al que se refiere*"[236] sino que la trascendencia derivaría de la Organización en la que el sujeto desarrollare su actividad, confundiendo por tanto la proyección pública de una entidad con la del sujeto que participa de aquélla.

Aunque el Tribunal, quizás consciente de su peculiar y confuso razonamiento, finalmente resuelve que tal cuestión "*no justificaría la apreciación de la excepción del art. 8.2.a) de la Ley 1/1982*"[237].

En cuanto al segundo aspecto (la censura previa), el Auto de la Audiencia señala en su Fundamento Cuarto:

> "*Al respecto esta Sala entiende que no se produce una censura previa, al menos no tal y como la ha definido la doctrina del Tribunal Constitucional en su sentencia 187/1999 de 25 de octubre, en la que consideró: ... la prohibición de todo tipo de censura previa, en el marco de la libertad de*

[236] STS 18 de abril de 1989; 16 de junio de 1990; 11 de abril de 1992, entre muchas otras.

[237] Cuestión ajena a este trabajo pero de necesaria mención, es el criterio que emplea la Audiencia provincial de Toledo a la hora de enjuiciar si con la petición de medidas cautelares se cumplió o no con el requisito del ofrecimiento de caución, resolviendo que tal ofrecimiento se tiene, inexplicablemente, por no hecho aunque en el apartado VI de la demanda, según se reconoce, sí se señalaba expresamente que "*de conformidad con lo dispuesto en el art. 732.3 de la LEC esta parte ofrece caución en cantidad que pudiera determinar el Juzgado*". No obstante, la Sala aclara que "*el motivo para denegar las medidas cautelares es otro*" (FJ 3, del Auto).

expresión no es sino garantía con el fin de limitar al legislador y evitar que, amparado en las reservas de ley del art. 53.1 y art. 81.1 CE, pudiera tener la tentación de someter su ejercicio y disfrute a cualesquiera autorizaciones, sea cual fuere su tipo o su carácter, aun cuando cimentadas en la protección de aquellos derechos, bienes y valores constitucionales jurídicos que, con arreglo a lo dispuesto en el art. 20.4 CE funcionan como límite de aquella libertad en su doble manifestación... Sin embargo, el rigor de la prohibición se dirige en principio con toda intensidad a la tradicionalmente denominada censura "gubernativa" y no a la posibilidad de que un juez o Tribunal, debidamente habilitado por ley, adopte ciertas medidas restrictivas del ejercicio de las libertades de expresión e información..."[238].

Continuando el Auto:

"*Puede por ello afirmarse que la petición, y desde luego concesión, de las medidas que se instan, en modo alguno llevarían consigo la consideración de ser una censura previa, puesto que procederían de un órgano jurisdiccional habilitado para la restricción de derechos, incluso fundamentales, con competencia objetiva y territorial...*".

En cualquier caso, las ambiciosas medidas cautelares solicitadas finalmente no se acordaron por desestimación de la demanda incidental.

Posteriormente, la pareja de Dª Telma Ortiz (padre ya de una hija habida con la hermana de la entonces Princesa de Asturias), interpuso una nueva demanda[239], esta vez principal, en nombre propio y en el de la

[238] Sobre la interdicción de censura previa y la restricción de los derechos del art. 20.1 CE, ver SSTC 77/1982, 52/1983, 13/1985, 52/1995 y 176/1995.
[239] Seguida como proceso de Juicio Ordinario 1157/10, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 49 de Barcelona.

hija menor de ambos, por vulneración del *derecho a la intimidad personal y familiar y propia imagen* contra varios medios de comunicación por la reproducción de fotografías que mostraban a la menor en actitudes tan particulares como cogiendo de la mano a su madre, tomando el biberón, sentada en la arena de la playa o paseando con su padre por la calle, y similares. Incluso se llega a consignar en una de las informaciones los datos personales identificativos de la menor (su nombre y apellidos), determinados a través de los de su padre y madre, que expresamente se señalaban, y su edad, estableciéndose incluso la concreta fecha de su nacimiento.

Otro de los reportajes objeto de litigio -que mostraba al actor paseando con la niña en un cochecito de bebés-, también reseñaba un incidente provocado por el acoso e insultos de un *paparazzi* y que motivó que el demandante presentara denuncia ante los agentes de la guardia urbana de Barcelona -algunos de los cuales se encontraban casualmente en el lugar-, cuyo incidente fue, precisamente, el objeto del reportaje hasta el punto de que el medio de comunicación mostraba las imágenes del propio incidente, cosa que evidenciaba una persecución en cuadrilla (sin descartar que el incidente fuera provocado precisamente para obtener imágenes de una situación morbosa), pues de otro modo es difícilmente explicable que el propio *paparazzi* enfrentado al actor fuera fotografiado por otro compañero que se encontraba en el mismo lugar, realizando el mismo seguimiento.

Sea como fuere, los reportajes en cuestión exponían imágenes de los padres de la menor y de ésta –la menor con el rostro levemente *pixelado* aunque sus facciones aparecían perfectamente identificables-, mostrándose en momentos tan íntimos como recibiendo la caricia o el beso de la madre, dormida en el regazo de su padre o incluso como ya hemos señalado antes, tomando el biberón.

La Sentencia dictada en primera instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a varios medios[240] si bien realizando una serie de consideraciones previas cuanto menos confusas tales como que "*los actores son terceros que orbitan en la esfera íntima de una persona que tiene proyección social, ya se entienda por ella misma, ya se entienda que la tiene por ser hermana de otra persona con proyección social*", lo que podría ser interpretado como que "un tercero" pudiera ser considerado como *persona pública* por desenvolverse en el ámbito de alguien que puede tener proyección social por desenvolverse, a su vez, en la esfera de otro que tiene proyección social, lo que nos recuerda un tanto a la teoría de la causalidad inidónea, no admisible en derecho.

Pero además de ese análisis que nos parece difuso, la Sentencia también hace, desde nuestro punto de vista, una aseveración excesivamente rigorista, cual es que los derechos a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen "*se encuentran limitados por las libertades de expresión e información*" y si bien admite que en caso de conflicto este debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación, cosa obvia, también señala que "*la ponderación debe respetar la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de información sobre el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático*", cosa que en su textualidad es bastante cuestionable al tenor de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo que tiene manifestado que de esa posición preferente de las libertades del art. 20 CE respecto de los derechos subjetivos "*no se deduce el valor prevalente de tales libertades cuando se afirma frente a otros derechos fundamentales*"[241].

En todo caso, el proceso concluyó en primera instancia con Sentencia estimatoria parcial, como hemos dicho, en tanto que las

[240] Sentencia nº 252/2011, de 25 de noviembre de 2011, que condena a Publicaciones Heres S.A., Semana S.L., Hacchette Filipachi S.A. y RBA Edipress (desestima frente a Hola S.A.)
[241] Ver la ya citada STC 42/1995, de 13 de febrero.

imágenes de la pareja de Dª Telma y su hija *son innecesarias y carecen de transcendencia informativa* y la información *no es esencial para formar una opinión pública libre ni tiene relevancia o interés para hacer un debate.*[242]

La Sentencia fue apelada por la parte demandada, dictándose nueva resolución en segunda instancia[243] que revocó en parte la dictada en primera (mantiene condena para Publicaciones Heres S.A. y Hachette Filipacchi), sobre la base de que el resto de reportajes (Semana S.L. y RBA Edipress S.L.) no infringen el derecho a la propia imagen porque las fotografías fueron captadas en un acto público (una ceremonia de boda de una persona privada: el hermano de la pareja de Dª Telma) y porque, en opinión del Tribunal, los personajes tienen *relevancia pública*. A tal fin justificativo el Tribunal emplea una, cuanto menos curiosa, teoría de la *derivación de compañía*: se entiende que no hay infracción "*por derivación familiar Dª TELMA* [que no es parte en el proceso] *y por derivación de compañía o accesoriedad el actor*"; si bien se mantiene la condena del resto de medios de comunicación al entender que las imágenes del incidente con un *paparazzi,* con intervención de la Guardia Urbana de Barcelona -que desde nuestro punto de vista sí podrían haberse considerado como noticia relevante-, sí infringen el derecho a la propia imagen porque *no interviene la madre, la imagen y la noticia carecen de interés informativo, está desprovista de cualquier connotación o elemento de publicidad, es de carácter personal y por razones de lugar y ocasión*. O sea, en este caso no hay derivación familiar y por tanto, decimos nosotros, no hay causalidad inidónea, resultando además que el lugar y la ocasión (al aire libre, en una calle de Barcelona) hacen que la imagen, según la Sentencia, "*recaiga en el ámbito estricto de actuaciones privadas y cotidianas*". Es decir, jurisprudencia menor imprecisa y nada o poco aclaratoria porque nos deja en la duda de concretar quién o en qué

[242] Expresamente se dice (F.D.4º): "*carece de trascendencia informativa y no la adquiere aunque la pareja del demandante asista a la ceremonia* [se refiere a la boda del hermano del actor], *vestida de dorado y originalmente calzada, con la chaquetita color champán en la mano y luciendo unas modernas gafas de sol*".

[243] SAP de Barcelona, secc. 9ª, nº 529/2012, de 19 de diciembre de 2012,

condiciones se entiende que una persona es pública, qué es o cuándo se está en un lugar público o en un acto público y, sobre todo, cuándo se aplica o no la teoría de la proyección social por *derivación por razón de familia o parentesco*, duda que, como veremos más adelante, tampoco lo aclara de manera eficiente la doctrina y jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal.

Y la distinción es fundamental, ya que la proyección social o la *fama* de un personaje (fama en su sentido más vulgar, es decir, *popularidad* del personaje) no es un argumento suficiente ni para entender que la persona en cuestión tiene proyección pública a efectos de limitar sus derechos subjetivos ni mucho menos para justificar todo tipo de intromisiones en su vida privada porque, además, *la notoriedad pública de la persona no le hace carecer de los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen frente a las opiniones, críticas o informaciones lesivas del art. 18 CE* (STC 204/2001, de 15 de octubre, entre otras)[244]. Conclusión esta última que es coherente con la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el cual se muestra contrario a una interpretación excesivamente amplia del requisito del interés o la notoriedad pública que conduzca a eludir o rebajar la exigencia constitucional de relevancia pública de la información pues muchas veces, dice el Tribunal, *la notoriedad no es buscada o deseada*, y una interpretación menos rigurosa de dicha exigencia constitucional *otorgaría a los medios de comunicación un poder ilimitado* sobre cualquier aspecto de la vida privada de los sujetos*, reduciendo a las personas de notoriedad pública a la condición de meros objetos de la industria del entretenimiento* (STC 19/2014).

Por ello, efectivamente, hemos de distinguir entre lo que el público desea conocer y aquello que realmente debe conocer o sobre lo que debe o puede exigir una cierta información pues no puede pensarse que una

[244] Ver también SSTC 11/2000, de 18 de febrero; 21/2000, de 31 de enero; 112/2000, de 5 de mayo; 148/2001, de 27 de junio).

persona, por más que sea tenida por popular o famosa y se halle en un lugar público, ha perdido definitivamente sus derechos a imagen e intimidad[245], ya que para que ello ocurra debe exigirse cuanto menos la concurrencia de un *interés público informativo que justifique la utilización sin consentimiento de las imágenes en cuestión*[246].

Sin embargo, es incuestionable que poco o nada tiene que ver con esa función social algo tan indeseable como frecuente como es el empeño de algunos por perseguir y asediar a personas consideradas "*de notoriedad o proyección pública*" para conseguir sus imágenes, venderlas y transmitirlas o publicarlas, sin su consentimiento, siendo que tales imágenes o instantáneas se refieren en demasiadas ocasiones a personas que no desean esa notoriedad y cuyo contenido, por otra parte, carece de interés general. Y, evidentemente, no debe equipararse jamás el interés informativo del personaje *con el interés del público por satisfacer su curiosidad por la intimidad ajena*[247].

En otras palabras, *la relevancia comunicativa no puede confundirse con la simple satisfacción de la curiosidad ajena*[248] y tampoco puede darse prevalencia al interés malsano o morboso del público por la vida de las personas *pues la libertad de información no está para satisfacer esos deseos fútiles*[249].

No obstante, el conflicto entre los derechos está a la orden del día y los Tribunales nos sorprenden muy frecuentemente con sentencias si no contradictorias sí discordantes.

[245] GITRAMA GONZALEZ, M. *Imagen…* Opus cit. págs 216 y 229.
[246] STC 20/1992, de 14 de febrero
[247] STS de 19 de julio de 2004.
[248] STS 1102/2002
[249] SSTC 89/2006, de 27 de marzo; 127/2003, de 30 de junio.

b.3 *Caso Marta Chávarri*

Otro claro ejemplo de cómo se intenta elevar a la categoría de información lo que no pasa de ser la explotación económica de una curiosidad morbosa mediante la publicación de imágenes que carecen de relevancia pública, es el *caso Marta Chávarri*[250], en el que se estimó como intromisión ilegítima en el derecho al honor y propia imagen de la demandante la publicación de una fotografía en la portada de una revista que tuvo una fuerte repercusión popular y que había sido tomada de manera casual cuando ella descendía de un vehículo y mostraba al descubierto su parte más íntima.

El Tribunal entendió que la fotografía en cuestión *tenía nula trascendencia social* y su publicación no era información sino *la explotación económica de una curiosidad morbosa*[251].

Ciertamente, la publicación de ese tipo de fotografías intrascendentes desde el punto de vista histórico, científico, social o artístico, en modo alguno justifica el sacrificio del derecho a la propia imagen *pues aunque publicar desnudos femeninos no es ilícito ni lucrarse con ellos tampoco* (siempre que se cuente con el consentimiento de las personas fotografiadas, por supuesto), quien se dedica a ello *no ejercita la libertad de prensa*, sino *de empresa*[252], que es algo muy diferente.

b.4 *Caso Juan Ramón de Lucas*

Otro curioso ejemplo, que introduce el no menos interesante criterio de *"personaje notorio, pero celoso de su intimidad"*, es el *caso J. R. de Lucas*, conocido presentador de televisión, que fue fotografiado en

[250] Personaje habitual de las *revistas del corazón*, que estuvo casada con el conocido empresario español Alberto Cortina.
[251] STS 17 de julio de 1993..
[252] CASAS VALLES, R. *Comentario a la STS de 17 de julio de 1993*. CCJC 1993, núm. 33, pág. 930.

la vía pública acompañado de una señora en actitud cariñosa, cuyas imágenes se reproducían en un reportaje de una determinada revista.

Ambos implicados, presentador y acompañante, acudieron a los tribunales buscando la protección de su derecho a la intimidad y a la propia imagen. La cuestión de hecho indiscutida era la publicación del reportaje relativo a la relación sentimental entre ambos y la exhibición de fotografías; y la cuestión jurídica se planteaba en el sentido de si aquel reportaje implicaba la intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de ambos y si esas fotografías constituían una intromisión en el derecho a la imagen.

El resultado fue que el Tribunal declaró tanto la vulneración del derecho a la propia imagen de la acompañante como del derecho a la intimidad de ambos (que habían sido fotografiados besándose), fundamentándolo del siguiente modo:

> "*Aún siendo* [el Sr. de Lucas] *un personaje con notoriedad pública, ha sido habitualmente celoso de su vida privada ajena a su ámbito profesional (hecho que se reconoce, incluso en el propio reportaje periodístico), no constando que haya consentido en momento alguno la publicación de datos que afecten a su vida sentimental, de forma que es claro su derecho a impedir que terceras personas informen sobre dichos aspectos de su intimidad, que el codemandante ha reservado habitualmente para sí mismo; (artículo 2.1 de la L.O./82)*" [253].

En el mismo sentido se expresaba la Sentencia respecto de su acompañante "*con el añadido de que esta persona ni siquiera tiene relevancia, proyección o notoriedad pública*".

[253] STS, 15 de enero de 2009.

Ahora bien, en cuanto al derecho a la imagen la Sala estima que no se ha vulnerado el que pudiera tener el Sr. de Lucas "*ya que se trata de un personaje de proyección pública y en un lugar público como es una calle*" pero sí el de la acompañante "*que carece en absoluto de la proyección o reconocimiento públicos del que goza (o padece, según los casos) el otro codemandante".*

A tal efecto, razona la Sentencia:

> *"No puede afirmarse que el mero hecho de que una persona mantenga relaciones de cualquier tipo con otra que tenga una proyección pública haga que el derecho a la propia imagen de aquella se difumine o desaparezca*"[254].

Así pues, el Sr. de Lucas es un personaje de notoriedad pública y por ello su derecho a la propia imagen se ve limitado, no así el de su acompañante, que se ve amparado por el Tribunal. Sin embargo, en ambos casos el derecho a la intimidad se protege: respecto de él, porque *la ha reservado habitualmente para sí mismo*; en el caso de ella, *porque es obvia su carencia de proyección pública*.

Pero ¿Por qué en este supuesto el Sr. de Lucas, por más que sea famoso y se encuentre en un lugar público, necesariamente tiene que perder su derecho a la propia imagen si, como en muchos otros casos –ver STC 20/1992, de 14 de febrero, antes reseñada-, no concurre un *interés público informativo que justifique la utilización sin consentimiento de las imágenes en cuestión*?.

¿No crean estas resoluciones discordantes cierta inseguridad jurídica?

[254] Llamamos la atención sobre este razonamiento por lo que tiene de contradictorio con el seguido en el "*caso Telma Ortiz*" sobre la *relevancia por derivación.*

b.5 *Caso Isabel Pantoja*

Otro caso interesante, por su solución contraria a la anterior, es el de la popular cantante *Isabel Pantoja*.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo condenó a una revista en cuya portada aparecía un reportaje fotográfico de Isabel Pantoja junto a la también conocida cantante María del Monte, paseando y haciendo ejercicio en el campo, en la finca de la cantante.

El Tribunal Supremo[255] condena a la revista y razona diciendo que las fotografías han sido obtenidas y publicadas sin el conocimiento ni consentimiento de las interesadas, y añade (y esto es lo que nos parece más interesante):

> "*no puede aceptarse el argumento de que el consentimiento y autorización de la demandante viene dado por sus actos propios precedentes porque con anterioridad haya concedido entrevistas o autorizado reportajes, incluso prestado su propia imagen, con fines económicos o no, en el interior de la indicada finca, puesto que... el consentimiento prestado en otras ocasiones no puede suponer que se autorice para lo sucesivo a que de modo subrepticio y utilizando medios ópticos de fotografía capaces de obtener imágenes a notable distancia, se pueda reproducir su imagen, fotografiando momentos de su intimidad...".*

Como vemos en el caso anterior del Sr. de Lucas, no se ampara su derecho a la propia imagen *"aún constando que no ha consentido en momento alguno la publicación de datos que afecten a su vida sentimental, pues tales datos los ha reservado habitualmente para sí*

[255] STS 789/2008, de 24 de julio

mismo", y sin embargo en el caso de Isabel Pantoja se ampara su derecho *"aunque con anterioridad haya concedido entrevistas o autorizado reportajes, incluso prestado su propia imagen, con fines económicos o no... puesto que... el consentimiento prestado en otras ocasiones no puede suponer que se autorice para lo sucesivo...".*

Esa cuestión de la autorización o consentimiento sobre la que los Tribunales a veces nos sorprenden por su rigor también lo hacen en ocasiones por su ímpetu decoroso, como en la STS, 1ª, de 7 de marzo de 2006, que consideró ilegítima la publicación inconsentida de la imagen de una persona desnuda o semidesnuda porque *incluso cuando se trate de un personaje público y aun cuando sí hubiera mediado consentimiento para la mera captación de la imagen, el pudor sigue siendo un sentimiento socialmente estimable*.

4.5.- Personaje de interés general circunstancial

Hasta ahora hemos analizado los conceptos doctrinales y jurisprudenciales de *personaje público* y *personaje notorio o de proyección pública* pero en el ámbito que estamos tratando, de la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional también podríamos deducir una tercera categoría, que sería la de *persona privada que voluntariamente no participa en la controversia pública y que, por tanto, es ajeno a la misma*[256], aunque *circunstancialmente se vea involucrada en asuntos de trascendencia pública*[257]*.* Es decir, el personaje privado de interés general circunstancial.

De estas personas cabría admitirse que pudieran sufrir *intromisiones ocasionales* en sus derechos a la intimidad y a la propia imagen por la posible trascendencia o interés público de las circunstancias que pudieran rodearles, aunque sin duda y tal y como se

[256] SSTC 81/1987, de 26 de marzo; 165/1987, de 27 de octubre; 20/1992, de 14 de febrero; o STS 99/2002 de 6 de mayo, entre muchas otras.
[257] STC 171/1990, de 12 de noviembre

desprendería de otras Sentencias del Constitucional, *esas ingerencias necesariamente serían menores que las que debieran soportar las personas públicas*[258].

En ese aspecto, es muy interesante la STC 20/1992, Sala Primera, de 14 de febrero de 1992, relativa a la identificación de una persona que había desarrollado la enfermedad del SIDA, que vino a declarar que por mucho que los datos publicados fueran veraces –que lo eran-, ello no legitimaba la intromisión del derecho a la intimidad de la persona, reafirmando el Tribunal que para poder publicar datos o hechos privados de una persona, sin su consentimiento, lo transmitido habría de gozar de interés público, cosa que no se daba en el caso enjuiciado -decía el Tribunal-, y además provocaba en el enfermo un importante daño personal.

Evidentemente, nos parecen inadmisibles –y por tanto no protegibles al amparo del derecho a la libertad de información-, algunas publicaciones que se han hecho sobre personas privadas que se han visto sorprendidas por acontecimientos relevantes ajenos a su voluntad o han tenido la desgracia de sufrir, por ejemplo, atentados o agresiones y cuyas circunstancias o imágenes han sido transmitidas revelando de forma absolutamente innecesaria su identidad o su apariencia física o aspectos notables de su vida personal o familiar, que en modo alguno nos puede parecer aceptable.

Así lo entiende también nuestra doctrina y jurisprudencia, que declara no protegibles, por ejemplo, la publicación de los datos sobre un juicio que permitieron identificar a una menor de edad, víctima de una agresión sexual llevada a cabo por su padre (STC 127/2003, Sala Segunda, de 30 de junio de 2003), o las imágenes y noticias de una joven que había sido agredida sexualmente y que incluso revelaban su previa virginidad (STC 185/2002, Sala Segunda, de 14 de octubre de 2002).

[258] STC 197/1991

Sin embargo, la nota de la que hablábamos al inicio de este apartado, *circunstancialidad* u *ocasionalidad* a que se refiere nuestro Tribunal Constitucional -y que no impediría la calificación de *persona privada* a quien accidentalmente se viera *involucrada en asuntos de trascendencia pública*-, ha dejado de ser un criterio amparador relevante pues en jurisprudencia más reciente *aquellas personas que adquieren un protagonismo circunstancial al verse implicados en hechos que son los que gozan de esa relevancia pública*, *pueden ver limitados sus derechos con mayor intensidad que los restantes individuos como consecuencia, justamente, de la publicidad que adquiera su figura y sus actos*[259]*.* Lo que a la postre implicaría que las personas privadas, aunque no participaran en el debate público, aunque no expusieran al conocimiento de terceros su vida particular o no desarrollaren una actividad profesional destacada, podrían ver limitados sus derechos de la personalidad simplemente por una mera eventualidad no voluntaria, cuya valoración dependería del arbitrio judicial. Cosa que también ha sido admitida por el TEDH, que en ese mismo sentido se ha expresado, por ejemplo, en Sentencias *Karhuvaara y Iltalehti c. Finlandia*, de 16 noviembre de 2004 ó *Lindon, Otchakovsky-Laurens y July c. Francia*, de 22 octubre 2007, y varias otras[260].

Ello significaría que la persona privada, que tiene reconocido un ámbito superior de privacidad (que no debiera permitir dotar de trascendencia general a hechos que sí la tendrían si fueran referidos a personajes públicos o de proyección pública), podría ver invadidos sus derechos de la personalidad y más concretamente su derecho a la propia imagen, al albur del ejercicio de la libertad de información si se entendiera que esta libertad queda proyectada *sobre asuntos de relevancia pública o interés general*[261]. Cosa excesivamente arriesgada pues no siempre es fácil determinar qué es información de relevancia pública o de interés general y qué no, y desde luego, por mucho que una persona privada sea

[259] SSTC 112/2000, de 5 de mayo; 49/2001, de 26 de febrero; 99/2002, de 6 de mayo, entre otras
[260] *Avi Publishing and Press Agency s.a. & Karis c. Grecia*, de 5 de junio de 2008.
[261] STC 178/1993, de 31 de mayo

protagonista de un asunto de relevancia o interés social ello *no la convierte, sin más, en personaje público*[262] .

Así lo entendemos también nosotros y por ello, desde nuestro punto de vista, el criterio del interés general al objeto de permitir la invasión del derecho a la propia imagen de una persona privada, debiera conformarse en relación a la concurrencia de otros juicios apreciables tales como el lugar de la captación de la imagen -público o no-, el tipo de acto que está llevando a cabo la persona fotografiada, el consentimiento, y por supuesto, si la información contribuye al debate político o al avance científico o tecnológico, pues si para un personaje notorio a la hora de determinar la calificación de la injerencia se valora el contenido de la información desde esos aspectos, cuanto más debiera hacerse si se tratara de un personaje privado.

En ese aspecto, nos parece paradigmático el *caso José Frade*, famoso productor de cine y teatro -personaje notorio, sin duda-, que fuera pareja de una conocidísima vedette española, cuyos derechos de la personalidad se vieron amparados por STS 617/2014, de 31 de octubre, sobre la base de los siguientes argumentos:

1º.- el análisis de la relevancia pública del hecho divulgado. En este caso el Tribunal entendió que la información sobre sus relaciones personales, *aun siendo verdadera, no resultaba necesaria en función del interés público del asunto sobre el que se informaba*[263].

2º.- el afectado no había consentido que los aspectos privados de su vida fueran de público conocimiento.

3º.- aunque el personaje gozaba de notoriedad y las vicisitudes de sus relaciones sentimentales pudieran tener interés para un sector del público *al que van dirigidos los programas de crónica social o «rosa»*, *también los*

[262] PASCUAL MEDRANO, Amelia, *El Derecho fundamental a…* opus cit. Pág. 155
[263] En igual sentido, SSTS de 27 de octubre de 2011 y 18 de julio de 2011

«famosos» -decía el Tribunal-, *tienen derecho a salvaguardar del conocimiento ajeno una parte o ámbito concreto de su intimidad*.

4º.- el interés general de este tipo de informaciones resulta muy escaso pues no tienen por objeto contribuir al debate político en una democracia sino una finalidad netamente de esparcimiento y de satisfacer la curiosidad ajena.

Conclusión que resulta coherente con la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional plasmada, entre otras, en STC 19/2014.

Por tanto, en consonancia con esta doctrina, hemos de convenir que en relación a una persona privada el análisis anterior debe ser todavía más preciado de tal modo que sólo en casos de informaciones verdaderamente trascendentes con relevancia indudable y de afectación a intereses generales, la invasión de los derechos de la personalidad en personas privadas podría venir justificada.

En todo caso, esta *clasificación* que acabamos de presentar no es categórica ni determinante por sí sola ya que nuestro ordenamiento jurídico positivo no reconoce en modo alguno a "*los personajes públicos*" o "*figuras públicas*" como criterios que legitimen una mayor afectación del derecho a la propia imagen, admitiendo únicamente lo que se denomina "*información de interés público*" como justificante de la posible injerencia en el ámbito tutelado por los derechos de la personalidad.

Aunque, según venimos sosteniendo, sobre esta materia también existe un evidente desconcierto.

4.6.- Acto público y lugar público

En cuanto al segundo elemento subjetivo al que se refiere el art. 8.2 a) de la LO 1/82, captación de la imagen en acto público o lugar abierto al público, tampoco encontramos pacífica interpretación. Y ello ocurre, desde nuestro punto de vista, porque la interpretación

jurisprudencial ha ido más allá del sentido gramatical y lógico de la norma de tal modo que al no requerir la concurrencia conjunta y concreta de los elementos que venimos tratando, es decir, "personaje público o de proyección pública" **y** "acto o lugar público", veremos cómo indistintamente se va a justificar la injerencia, en algunas ocasiones, sólo si concurren ambos elementos a la vez, y en otras, bastando con que las imágenes se capten en lugar público. Incluso en algunos casos será suficiente con que el personaje sea público.

Pero hay algo todavía más llamativo: unas veces un determinado lugar, pongamos por caso una playa, tendrá la consideración de lugar público y otras veces no; dependiendo no ya de la interpretación judicial sino de la hipotética consideración que el Tribunal entienda que el sujeto otorgó por sí mismo al lugar elegido. Es decir, dependiendo de si el Juzgador considera que el sujeto interpretó que el lugar, aunque fuere público, no lo era a los efectos del momento en que se pudo haber captado la imagen.

Ese es el sentido de algunas Sentencias en las que se protegió el derecho a la imagen de personas públicas aunque la imagen había sido tomada en un lugar público. Por ejemplo, en STS de 29 de marzo de 1988[264], en la que el Tribunal entendió que los sujetos *tenían una cierta expectativa de encontrarse en un lugar privado* y por ello el lugar público pasaba a ser considerado como privado a los efectos del art. 8.2ª) de la Ley 1/82 porque al Tribunal, como decimos, se le representaba que íntimamente esa era la voluntad del sujeto.

También en Alemania se realizó esta ampliación del espacio de protección de la imagen de las personas públicas en la Sentencia Bundesgerichtshof, de 19 de diciembre de 1995, en el *caso Carolina de Mónaco*, tratado anteriormente.

[264] STC 139/2001, de 18 de junio de 2001; y STC 83/2002, de 22 de abril de 2002.

Otro ejemplo lo vemos en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de abril de 2002, cuyo objeto de debate fue la publicación por parte de una revista de unas imágenes del conocido empresario español *Alberto Alcocer* cuando se encontraba en la playa acompañado de una señora, por medio de la cual el demandante vio finalmente amparado sus derechos a la intimidad y a la propia imagen sin que para ello fuera obstáculo alguno el hecho de que el Sr. Alcocer fuera un personaje *notorio* y las fotografías hubieran sido tomadas en un lugar tan abierto al público como era una playa.

De entrada, el Tribunal soslayó el concepto de "persona de notoriedad" en el caso del Sr. Alcocer señalando que "*si bien los personajes con notoriedad pública inevitablemente ven reducida su esfera de intimidad, no es menos cierto que, más allá de ese ámbito abierto al conocimiento de los demás su intimidad permanezca y, por tanto, el derecho constitucional que la protege no se ve minorado en el ámbito que el sujeto se ha reservado y su eficacia como límite al derecho de información es igual a la de quien carece de toda notoriedad (STC 134/1999, FJ 7, por todas)*".

En cuanto al hipotético *interés público*, el Tribunal dijo que ""*la revelación de las relaciones afectivas del recurrente carecen de trascendencia para la comunidad, porque no afecta al conjunto de los ciudadanos ni a la vida económica o política del país, al margen de la mera curiosidad generada por la propia revista... que no debe ser confundida con un interés público... De todo lo anterior debe, pues, concluirse que la publicación de las fotografías vulneró sus derechos* [del demandante] *a la intimidad y a la propia imagen".*

Y por último, en cuanto a la cuestión de la playa, a la Sala le pareció *un dato irrelevante,* pues ello no eliminaba *la relevante circunstancia* -decía el Tribunal-, de que las fotografías *fueron obtenidas*

en el círculo íntimo de las personas afectadas[265]. Criterio este último del *"círculo íntimo"* que nos parece aceptable si bien especialmente inseguro. Tanto como el de *"lugar retirado"* que también fue empleado en la STS de 29 de marzo de 1988 en el caso de una conocida actriz que tomaba el sol en *top-less* en una playa, y que fue resuelto a favor de la demandante señalando que "*la playa… era un lugar retirado, de difícil acceso y alejado de los núcleos de población*", negando, por otro lado, la eficacia de lo dispuesto en el art. 8,2 a de la LO 1/82 porque la artista –según el Tribunal-, *buscó un lugar de playa escogido y poco concurrido de gente,* con lo que se entendía que las pautas de comportamiento de la actora estaban *proyectadas a la busca de salvaguardar su intimidad y su propia imagen, sin que sea lícito vulnerar este derecho subrepticiamente bajo los dictados de una corriente permisiva a la que la actora se mostró reacia rehuyendo la publicidad y sin que el hecho reconocido de presentarse en top-less autorice la rotura de los moldes en los que se desenvolvía la fotografía*.

En el mismo sentido se manifiesta el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 10 de febrero de 2014, núm. 42/2014, respecto de imágenes captadas en la piscina de una urbanización al entender que dicho espacio *no es un lugar abierto al público en el sentido a que se refiere el artículo 8.2 a) de la Ley Orgánica 1/1982*. A tal efecto, se remite a la Sentencia núm. 1144/2008 del propio Tribunal, de 28 noviembre, que señaló que la interpretación que ha de merecer la excepción de hallarse la persona fotografiada *"en un lugar abierto al público" ha de ser finalista y no meramente literal*.

A ese respecto, la Sala también invoca además de su propia jurisprudencia, la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la del Tribunal Constitucional, manifestando que *no cabe entender como "lugar abierto al público" todo aquél al que cualquier persona pueda tener*

[265] Ver SSTC 73/1982, de 2 de diciembre; 110/1984, de 26 de noviembre; 231/1988, de 2 de diciembre; 134/1999, de 15 de julio, 115/2000, de 10 de mayo.

acceso en un momento determinado sino el que resulta de uso normal por una generalidad de personas que acceden a él fuera del ámbito estricto de su vida privada y que comporta que, en tal supuesto, la persona pública, despojada en tal caso de su derecho a disponer de la propia imagen, haya de soportar simplemente las molestias que pueda causarle la captación y reproducción de su figura física sin su consentimiento, señalando de manera expresa que *no cabe calificar como "lugar abierto al público", para fundamentar la excepción de protección del derecho a la propia imagen de los personajes públicos (artículo 8.2 a LO 1/1982), el espacio de uso común de una urbanización privada, al que lógicamente tienen acceso en exclusiva los habitantes de dicha urbanización y las personas que les acompañan en un momento determinado*.

Es a la observación de esos últimos –refiriéndose a las personas que les acompañan-, *a la que se expone el personaje público mediante la utilización de dichas instalaciones (en este caso la piscina y su entorno) que comparte con ellos*, *sin que tal presencia pueda justificar la reproducción de su imagen en una revista de amplia difusión mediante fotografías captadas a distancia y sin su consentimiento.*

Otra Sentencia cuanto menos llamativa es la de la Sala Primera del TS de 11 de abril de 1987, que declaró la producción de una lesión al derecho a la propia imagen de todos y cada uno de los trabajadores de una fábrica que habían sido retratados a la salida de su lugar de trabajo y que vieron con asombro cómo esa escena había sido difundida como complemento de los mensajes lanzados por un determinado partido político en plena campaña electoral.

Efectivamente, con ocasión de Elecciones Generales un conjunto de trabajadores de una empresa se vieron sorprendidos cuando el partido político *Esquerra Republicana de Cataluña* utilizó un cartel de propaganda electoral en el que aparecía una fotografía de todos los demandantes -sin autorización de ninguno de ellos-, saliendo de su fábrica y bajo una

bandera catalana que se había introducido trucando la fotografía (ninguno de los trabajadores era militante de dicho partido político), por los trabajadores decidieron formular demanda por intromisión en su derecho a la propia imagen.

En su descargo, los demandados alegaron, entre otras cuestiones, que la imagen se había captado en un lugar público y que reflejaba momentos de la vida pública de los trabajadores, no existiendo perjuicio ni daño moral alguno para ellos –según los demandados-, porque el mensaje publicitario era eminentemente ético por la defensa de los derechos de los trabajadores.

Efectivamente, con independencia del indebido uso político, la imagen no había sido captada quebrantando intimidad alguna sino en un contexto absolutamente desprovisto de carácter privado: la salida de una factoría. Sin embargo el Tribunal entendió infringido el derecho por la mera utilización inconsentida de la fotografía. Cosa con la que, evidentemente, no podemos estar más de acuerdo. Tanto como lo estamos con el razonamiento que se ofrece en la STS 798/2004, de 15 de julio de 2004, para desechar como lugar público una playa.

En este caso, se sostiene una tesis favorable a la que venimos manteniendo en relación al sentido gramatical y lógico de la norma 8.2 LO 1/82 sobre la concurrencia conjunta y concreta de los elementos "personaje público o de proyección pública" **y** "acto o lugar público", respecto del alcance de la conjunción copulativa.

El asunto se trataba de una demanda (en realidad tres demandas acumuladas), sobre protección a la imagen e intimidad en la que la parte actora reclamaba por la intromisión producida en tales derechos por la publicación de un reportaje fotográfico en una revista, en las que se veía a una conocida joven "*de notoriedad y proyección pública*" en compañía de una menor en la playa, junto a un texto que les atribuía una supuesta

relación erótica.

Pues bien, al margen de la consideración que podamos tener sobre el poco gusto del medio o lo intrascendente de la noticia, que además implica a una menor, lo que traemos a colación es el Fundamento del Tribunal a la hora de considerar expresamente que, respecto de la menor, la playa no *es un lugar público a los efectos del artículo 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982* porque *la menor no ejerce cargo público o profesión de notoriedad o profesión pública y la divulgación de la imagen de la citada menor, en los términos en que se produce en el reportaje, no responde a ninguna exigencia pública de información*.

Es decir, lo que sienta el Tribunal es que para considerar la excepción del art. 8.2 resulta exigible la concurrencia de los requisitos de "*cargo público o profesión de notoriedad*" más "*lugar público*", resultando que al no concurrir el primer elemento (la joven no ostentaba cargo público alguno ni tenía profesión notoria), no cabe aplicar separadamente la excepción del segundo, esto es, lugar público, a pesar de que se trataba de una playa.

4.7.- La accesoriedad de la imagen

Finalmente, en relación a los límites reflejados en el art. 8.2º LO 1/1982 el último se refiere a la información gráfica sobre *un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria.*

El concepto de accesoriedad de la Ley hace referencia a lo que es objeto principal de la noticia o reportaje gráfico, *no concurriendo cuando no guarda relación con el contenido de la información escrita* (STS de 19 de octubre de 1992) pero si en otro caso (SSTS de 21 de octubre y 28 de octubre de 1966, 7 de julio y 25 de septiembre de 1998, 27 de marzo de 1999 y 23 de abril de 2000). Es decir, si la imagen de un sujeto es

accesoria ello será una circunstancia que obstaculizará al fotografiado oponerse a la reproducción y divulgación de su imagen.

El fundamento de excepción es, para nuestra jurisprudencia, la prevalencia de la libertad de información respecto del derecho a la imagen, resaltando que la accesoriedad legitimadora de la representación es la correspondiente a la relación entre la noticia y la fotografía y no entre la fotografía y la imagen mostrada en ella de tal modo que, para que quepa considerar el cumplimiento del requisito, es necesario que la imagen reproducida no resulte indispensable para la primera, es decir, que entre una y otra –imagen y noticia-, exista una relación de subordinación en virtud de la cual la no inclusión de la imagen carezca de trascendencia para la noticia.

La subordinación de la que hablamos no viene de la mano de una regla general que pueda determinar la accesoriedad sino que debe examinarse a la luz de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, ponderando los derechos, libertades e intereses en juego.

Pero no todo es tan claro.

En Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Mayo de 2003, sobre el reportaje emitido por una cadena de televisión acerca de un accidente de tráfico en el que se veía a una persona fallecida en el momento de ser introducido en camilla en una ambulancia y en el que también se veía su rostro en primeros planos junto a la pierna de una persona que, supuestamente, se encontraba de pie prestando asistencia, el Tribunal entendió que la imagen del fallecido no era accesoria porque el accidentado adquiría el protagonismo total de la noticia en lugar de serlo el propio accidente en sí o las labores de auxilio.

Decía el Tribunal que la reproducción de la imagen era el objeto principal de la noticia de tal modo que si hubiera querido informar sólo del accidente no hubiera sido necesario haberse centrado en el propio rostro de la víctima convirtiéndola en el centro de la noticia sino que hubiera bastado con informar y mostrar imágenes del accidente en sí, cosa que no ocurrió.

Sin embargo, en el lado opuesto encontramos la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Julio de 2005, sobre un caso prácticamente idéntico acerca de un reportaje televisivo también sobre un grave accidente de tráfico en el que aparecía la imagen de un fallecido, emitiéndose posteriormente otro reportaje más amplio repitiéndose la divulgación de la imagen, en cuyo caso el Alto Tribunal consideró que no se trataba de un accidente de circulación más sino que presentaba evidente interés público por la trascendencia que significó el importantísimo colapso de tráfico que se produjo en Madrid como consecuencia de aquel y por tanto la emisión de las imágenes respondía al ejercicio de un legítimo derecho a la información ya que se trataba de hacer reflexionar a los conductores sobre los graves riesgos de la circulación llamándoles a la prudencia.

Es verdad que el Tribunal Supremo admitió que la difusión por televisión de las escenas pudo determinar momentos especialmente dolorosos para los familiares del fallecido pero consideró que tal circunstancia debía ceder ante la transcendencia de la información. Sin embargo nosotros nos preguntamos ¿No se hubiera logrado el mismo objetivo previsor si el rostro del fallecido hubiera sido pixelado o desnaturalizado del algún modo? ¿Porqué en este caso la información era legítima y prevalecía sobre el derecho a la propia imagen y no se entendió así en le caso anterior?

Comentario aparte nos merece la STC 72/2007 que ya vimos antes, sobre la noticia del desalojo de viviendas y la imagen de una agente de la policía destacada en la fotografía que acompaña a la información y que contenía un voto particular –como ya señalamos-, por el que el Magistrado Sr. García-Calvo manifestaba una especie de desviación en la apreciación de la accesoriedad de la imagen al examinar la relación "*fotografía e imagen reflejada en ella*" y no la que se da entre "*noticia e imagen*" -tal y como viene haciendo nuestro Alto Tribunal-, señalando que *la imagen de la agente no aparece en la fotografía accidentalmente, ni tampoco de modo marginal… Por el contrario, la imagen de la demandante está situada en el primer plano de la fotografía, ocupando la mayor parte del espacio disponible y constituyendo el principal y casi exclusivo centro de atención*, de modo que, según este argumento, ya no se trataría de que la noticia fuera lo principal sino de que la imagen mostrada en la fotografía no lo fuera respecto de esta última, lo que nos llevaría a la necesidad de realizar el examen de ponderación no sólo en relación a la noticia en general sino también respecto de la particular composición de la fotografía.

5.- Pseudoimágenes

En este apartado nos vamos a referir de manera extensa a la excepción contemplada en el apartado b) del art. 8.2 de la repetida Ley 1/82, que sostiene que el derecho a la propia imagen *no impedirá la utilización de la caricatura de dichas personas* [se refiere a quienes ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública], *de acuerdo con el uso social*.

Utilizamos el término *pseudoimágenes* (el prefijo *pseudo* es un elemento del lenguaje que proviene del griego y cuyo significado usual es *falso*, aunque también pude indicar *imitación* o *parecido engañoso*) porque nos vamos a referir a todas aquellas representaciones de la persona configuradas a través de caracteres o elementos externos

propios o ajenos que pueden llevar a una identificación plena del sujeto o, indistintamente, inducir a engaño o error a través de la mera apariencia. Para analizar este apartado diferenciaremos entre los llamados "retratos robots", los llamados "dobles", los "imitadores", las *caricaturas* propiamente dichas y, por último, los *tics*, o el uso de la voz o el nombre de la persona.

5.1.- *Los retratos robots*.

Uno de los casos más próximos y conocidos en el ámbito español fue el sufrido por el famoso político español *Gaspar Llamazares*[266], cuya imagen fue utilizada por el FBI para configurar mediante retrato robot el supuesto aspecto del terrorista *Ben Laden*[267], entonces buscado por sus acciones criminales, que fue publicada internacionalmente bajo oferta de recompensa para quien diera información que facilitara su detención y para cuya ficticia composición fotográfica se aplicó el pelo, la frente y otras facciones del propio Sr. Llamazares[268].

Lo cierto es que, salvo una queja ante la Embajada americana, el FBI y el Ministerio de Asuntos Exteriores español, el personaje cuya parcial fisonomía fue utilizada cuanto menos inoportunamente, no llegó a plantear cuestión judicial alguna pero dejó constancia de su enérgica protesta y puso en evidencia la posible existencia de una intromisión ilegítima en el derecho a su propia imagen (además de una posible infracción de su derecho al honor), suscitando el debate en torno a la preponderancia entre el interés general representado por la seguridad internacional y el derecho a la propia imagen de la persona.

---

[266] Diputado nacional y ex-coordinador de IU.

[267] Osama Ben Laden, conocido mundialmente por ser el yihaidista fundador de la red Al Qaeda, responsable, entre otras acciones, del ataque contra las *torres gemelas* del Wolrd Trade Center de Nueva York el 11 de septiembre de 2001

[268] http://www.elmundo.es/elmundo/2011/10/11/internacional/1318288823.html Fecha de consulta: 10 de marzo de 2013, 19:00 h

Indudablemente, en el caso mencionado hay dos aspectos fundamentales cuyo análisis centraría el debate y marcaría la conclusión: primero, la recognoscibilidad o no del Sr. Llamazares; y segundo, el examen acerca del interés trascendental de la imagen.

En ese sentido, cierto es que en la imagen ficticia no resultaba claramente recognoscible el rostro del Sr. Llamazares y que el singular hecho tuvo trascendencia sólo porque a través de los medios de comunicación se hizo público que para la composición imaginaria del terrorista se habían utilizado las facciones del conocido político; como también es cierto que el retrato transmitido presentaba un notorio interés de especial significación en tanto que su objetivo formal era la salvaguarda de la seguridad internacional. Pero ¿Tales circunstancias justificarían la aparente invasión del derecho a la propia imagen? O dicho de otro modo ¿Podría haberse configurado la imagen de *Ben Laden* a través de otros medios menos intrusivos?.

Para el TEDH parece evidente que no se justificaría la intromisión. Así, en su Sentencia *Klauss* [269] tiene declarado que en los sistemas de investigación policial, el uso de medios tecnológicos utilizando fotografías, filmaciones, imágenes o grabaciones, con independencia del objetivo perseguido, constituye una injerencia en la vida privada cubierta por la protección del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En ese aspecto, el citado Tribunal indicó en la antedicha Sentencia el peligro que suponía para los sistemas democráticos el uso de ese tipo de métodos y con el fin de salvaguardar el derecho, urgió al establecimiento de garantías suficientes que tuvieran en cuenta no sólo las características de las medidas sino también las razones para ordenarlas o las autoridades competentes para autorizarlas, ejecutarlas y controlarlas.

[269] Sentencia *Klauss y otros c. Alemania*, del 6 de septiembre de 1978.

De hecho, el TEDH ha declarado la violación del art. 8 en muchas otras Sentencias, fundando sus resoluciones en injerencias policiales de vigilancia y control usando medios de grabación de imágenes[270].

En todo caso, la LO 1/82 no nos ofrece una respuesta clara para casos similares al del Sr. Llamazares que acabamos de exponer ya que tal hipótesis difícilmente puede ser reconducida a ninguno de los supuestos que representan excepciones a la regla general de la intromisión ex art. 8.2 de la Ley; como tampoco nos la ofrece para casos en los que, por ejemplo, se hace uso de la imagen de un tercero para fines altruistas -como pudiera ser la ilustración de una campaña contra enfermedades o a favor de personas discapacitadas-, de tal modo que, quizás, tengamos que encontrar una respuesta en la interpretación que se le otorgue a la expresión "*fines de naturaleza análoga"* que emplea el art. 7.6 de la LO 1/82.

5.2- *La caricatura*

Problemas análogos surgen cuando se trata de utilizar signos externos deformados, trocados o desnaturalizados para configurar la imagen de una persona cuya visión puede mover indistintamente al divertimento o a la mofa.

Nos estamos refiriendo a *la caricatura* –también en su modo más actual o *morphing*: proceso mediante el cual la imagen de una persona se va progresivamente convirtiendo en otra, en una cosa o incluso en un animal-, entendiendo por tal la manipulación, con ánimo satírico o burlesco, de las facciones o el aspecto de una persona. En este caso nos planteamos si su uso, prescindiendo del consentimiento de la persona afectada, puede o no constituir una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen.

[270] Sentencia de *Amann c. Suiza*, del 16 de febrero de 2000; *Allan c. Reino Unido*, del 5 de noviembre de 2002 y *Perry c. Reino Unido*, del 17 de julio de 2003.

A ese respecto, *Azurmendi* señala que la imagen humana es un reflejo de toda la persona en su conjunto y que la parte del cuerpo que mejor plasma la personalidad del ser humano es la cara. Pero también señala que, no obstante, no es posible limitarse a una noción de imagen limitada a las facciones del rostro pues ello supondría "*excluir del objeto del derecho de la propia imagen aspectos también significativos de la figura humana, y en otro orden, no considerar la caricatura como parte integrante suya*".[271]

Evidentemente, la caricatura compone desde siempre uno de los modos más comunes de expresión, tanto para cultivar la crítica social, política o artística como para ejercer de alguna manera el control público. Incluso puede entenderse como un medio de participación en la sociedad resultando ser, en todo caso, un ejercicio de la libertad de expresión imprescindible en todo sistema democrático.

Sin embargo, una caricatura -en tanto que representación externa de un sujeto, si bien distorsionada-, evidentemente también es susceptible de afectar al derecho a la propia imagen del representado pudiendo suponer -¿Por qué no?-, una invasión de tal derecho.

Cierto es, la injerencia habitualmente viene justificada bien por el legítimo ejercicio de la libertad de expresión a que se refiere el art. 20.1 a) CE, bien por el ejercicio de la libertad de creación artística del art. 20.1 b) CE, y por ello, el TEDH en su Sentencia de 25 de enero de 2007[272] señaló que este tipo de sátira es una forma de expresión artística y crítica social *que con su contenido inherente de exageración y distorsión de la realidad persigue naturalmente la provocación* y la agitación constituyendo un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión *en tanto que contribuya al sostenimiento de una opinión pública crítica y plural*. Cuando esto sea así, el uso de la caricatura podrá constituirse

[271] AZURMENDI AZARRAGA, Ana. *El Derecho a la*…. Opus cit. Pág.24.

[272] Caso *Vereinigung Bildender Kunstler c. Austria*

como condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al sistema democrático[273].

Pero es obvio que el uso de este tipo de manipulación de la imagen no siempre busca contribuir al mantenimiento de una opinión plural y crítica o coadyuvar a la formación de una opinión pública libre ya que, en ocasiones, puede constituirse en mero objetivo económico o en *un modo de insultar, denigrar o atacar injustamente a una persona*[274], en cuyo caso no cabría la protección constitucional que otorga el art. 20 CE *por no ser admisible que el propósito burlesco o animus iocandi, se utilice precisamente como instrumento del escarnio*[275] .

Sensu contrario, nuestra jurisprudencia tiene señalado reiteradamente que cuando no exista ningún *animus difamandi* sino un mero *animus jocandi*, no puede reputarse vulneración de derecho de la personalidad alguno[276].

Pero es verdad que el límite entre un animus y otro ni siempre es nítido ni siempre nuestros Tribunales ofrecen criterios claros de distinción.

En ese sentido, vemos caso que recoge la STC 23/2010, de 27 de abril de 2010, que resuelve el Recurso de Amparo 4.239-2006 promovido por HF Revistas, S.A. frente a las Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y de la AP de Madrid que estimaron la demanda de *Isabel Iglesias Preysler* (hija del conocido cantante Julio Iglesias y del no menos conocido personaje de la llamada prensa del corazón, *Isabel Preysler,* también nombrada antes) por la publicación de un reportaje satírico en la revista ¨Noticias del Mundo¨, en el que bajo el titular de "Gran Exclusiva" aparecía una composición fotográfica que conjuntaba el

[273] SSTC 159/1986,de 16 de diciembre y 77/2009, de 23 de marzo
[274] STEDH, de 8 de diciembre de 2009, en el caso Aguilera Jiménez y otros c. España
[275] STC 176/1995, de 11 de diciembre
[276] SSTS 6 de julio de 1989, 17 de mayo de 1990 y 29 de diciembre de 1995.

rostro de Isabel con el cuerpo de otra fémina vestida solamente con un tanga.

Al pie de la fotografía aparecía un texto que indicaba "*ponga una X donde considere*", para seguidamente dar como alternativas de respuesta, entre otras, una que decía: "*creo que los pechos de la auténtica no pueden ser tan bonitos como los de su doble*".

El texto no aclaraba que se tratase de un montaje fotográfico aunque sí decía que la imagen correspondía a una mujer "*de asombroso parecido con Isabel I.P.*", cosa que no era cierta pues se trataba de la cabeza y del auténtico rostro de la conocida joven[277].

Formulada demanda contra la editora y el director de la revista al amparo de la Ley Orgánica 1/1982, denunciando la intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen, la demandada alegó que su artículo era un mero ejercicio del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) y que su montaje buscaba *el entretenimiento del lector a través de noticias disparatadas, insólitas, irreales e imaginarias unida a humor gráfico*. Señalaba, además, que el personaje reproducido era alguien *de gran fama que cobraba grandes cantidades de dinero vendiendo reportajes sobre su vida privada* y que, en todo caso, *la imagen era una caricatura humorística, que no es susceptible de afectar al derecho invocado*. Abundando en el hecho de que, según la demandada, la publicación del fotomontaje *se realizaba en el marco de un semanario de claro contenido humorístico, dedicado a la sátira y la ironía y presidido por un evidente animus iocandi* .

Pues bien, la demanda, no obstante la alegaciones de la demandada, fue estimada en primera Instancia declarándose la existencia

[277] Como requisito previo para considerar afectado el derecho a la propia imagen en los casos en que la publicación no identifique previamente al aludido, se ha venido exigiendo que los rasgos o la representación difundidos sin el consentimiento del titular permitan, no obstante, reconocer su identidad (SSTC 156/2001, de 2 de julio y 14/2003, de 28 de enero).

de intromisión al considerar como probado que no se trataba de una mujer parecida a la actora sino de una composición fotográfica con el auténtico rostro de Isabel Iglesias Preysler.

Posteriormente, interpuesto recurso de apelación por ambas partes -la actora por la cuantía indemnizatoria y la demandada por supuesta lesión del derecho a la libertad de expresión-, la Sección 13 de lo Civil de la AP de Madrid dictó Sentencia con fecha 29 de febrero de 2000 estimando el recurso de la actora con elevación de la cuantía indemnizatoria y desestimando el de la demandada por entender que la fotografía y el artículo publicados *rayaban en lo vejatorio*.

Interpuesto por la editora el Recurso de Casación correspondiente ante el Tribunal Supremo, aquel fue desestimado por Sentencia de 7 de marzo de 2006, al declarar que:

> *"No puede calificarse la fotografía de caricatura puesto que el rostro de la protagonista no aparecía deformado... Se trata exclusivamente de una manipulación de la imagen para provocar el interés morboso y la curiosidad malsana de los lectores, aprovechando el rostro de la persona para ofrecerla de un modo habitualmente preservado de la curiosidad ajena".*

Recurrida la Sentencia en Amparo, el Tribunal Constitucional lo deniega en la ya precitada Resolución bajo fundamento de ausencia de un interés público constitucionalmente defendible pues, dice el Tribunal, la difusión de la caricatura que ahora analizamos *no puede entenderse como un ejercicio de crítica política o social a través de la sátira y el humor…La intención de la revista al utilizar la imagen de la actora era la de provocar, con un marcado sesgo sexista, la burla sobre su persona, a partir exclusivamente de su aspecto físico y obteniendo con ello un beneficio económico para la empresa periodística en cuestión por lo que*

difícilmente puede apreciarse interés público alguno en este uso de la imagen; concluyendo el Tribunal que *lejos de realizar un ejercicio legítimo de su libertad de expresión, la editora vulneró el derecho a la propia imagen…*

Como es de ver, aun tratándose de un personaje habitual de los medios, de una revista satírica y de un contenido no especialmente injurioso -aunque sí nos parece de mal gusto-, el Tribunal entiende que la intención era provocar la burla obteniendo un beneficio económico y reconoce la infracción del derecho a la propia imagen.

En distinta posición, sin embargo, encontramos la STS 92/2009 de fecha 17 de febrero, dictada por la Sala Primera en el Recurso 1541/2004.

En este caso, D. Alfredo, inspector de Policía, formuló demanda en los Juzgados de Primera Instancia de Huesca contra Productora Globo Media S. A., por intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen por la emisión de la suya de forma sarcástica en la cadena de televisión Tele5, en el programa "El Informal".

Los hechos se habían desarrollado en noviembre de 2000, cuando el demandante había participado en una operación policial y había atendido en rueda de prensa a diferentes medios de comunicación, entre ellos, la cadena Tele5, que recogió unas imágenes en las que D. Alfredo, debidamente uniformado y siendo perfectamente reconocible su rostro, daba explicaciones técnico-policiales sobre la operación llevada a cabo.

Sin embargo, un fragmento de tales imágenes fue emitido posteriormente en el programa humorístico “El Informal”, de la citada cadena televisiva, producido por Globo Media S. A., en cuya emisión –sin previa autorización del funcionario ni de sus superiores-, se manipularon las declaraciones originales del inspector de Policía cambiándolas por un doblaje de tono y contenido burlesco, en las que sin ninguna relación con la operación policial se le presentaba jocosamente como informante de la

situación del Fútbol Club Barcelona y de la desarticulación de una supuesta red de falsificadores de tarjetas de "*pay per view*" organizada por los seguidores del equipo para modificar el resultado de los partidos a través de la inserción de la tarjeta falsa –se decía jocosamente en el doblaje-, facilitando que los aficionados blaugranas pudieran elegir el número de goles que marcaba su Club. Cosa evidentemente tan risible como histriónica.

La emisión del doblaje, que daba entonación gangosa al agente y exageración en sus expresiones, fue seguido de alusiones, apostillas y comentarios bufones que el profesional tuvo que soportar, de forma habitual, durante varios días posteriores a la emisión.

Interpuesta la demanda, el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Huesca dictó sentencia estimando parcialmente la misma declarando haberse producido una intromisión ilegítima en el ámbito del art. 7.º 5, 6 y 7 y art. 2.º de la Ley Orgánica 1/1982, por la emisión de tales imágenes, con declaración de responsabilidad civil.

Presentado por la parte demandada recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Huesca, ésta desestimó el recurso confirmando la Sentencia dictada en la Primera Instancia.

Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo, casando y anulando la resolución recurrida, desestimando la demanda y, por tanto, declarando no haberse producido invasión del derecho.

En su Fundamentación, el Alto Tribunal vino a señalar que las imágenes habían sido tomadas en un acto público, con ocasión del ejercicio de funciones públicas relacionadas con la información de una concreta actuación policial, y, por lo tanto, podían ser objeto de uso posterior sin necesidad de consentimiento previo por parte del sujeto; concediendo que resultaba admisible el hecho de que la imagen se hubiese manipulado con fines humorísticos "*ya que el tratamiento*

humorístico o sarcástico de los acontecimientos que interesan a la sociedad constituye una forma de comunicación y crítica de los mismos que está ligada al ejercicio del derecho a la libertad de expresión".

Aclaraba, eso sí, que la utilización de ese modo de expresión *no debiera ser abusiva, gratuita e innecesariamente lesiva, ni con la intención de atentar contra la dignidad de aquél a quien pertenecía la imagen utilizada, o para fines comerciales, publicitarios o análogos, ajenos al sentido de la comunicación que dio lugar a la transmisión de la imagen*. Y citaba la STS de 17 de mayo de 1990, que destacó la permisividad social con el género satírico, en su manifestación de humor gráfico.

Sin embargo, decimos nosotros ¿No es gratuito utilizar la imagen de un inspector de policía que intervino en un acto informativo sobre una actuación policial concreta para después manipularla y ofrecerla de manera sarcástica y burlesca en otra información –en este caso, la supuesta crisis de un Club de fútbol-, que nada tenía que ver con la original y en la que el agente ni intervino ni tuvo participación alguna?.

¿No era irrelevante, a estos efectos, la actuación pública del inspector?. ¿No debió haber mediado consentimiento previo para el uso de su imagen en unos actos y hechos a los que resultaba completamente ajeno y que carecían de interés público, tal y como, por ejemplo, se exigía en STC 23/10, de 27 de abril de 2010 en Recurso de Amparo 4239-2006?.

Desde nuestro punto de vista cuanto menos es dudoso excluir de la intromisión ilegítima en el ámbito protegido por el derecho a la propia imagen la utilización caricaturizada de una persona (aunque ejerza un cargo público o tenga proyección pública[278]) en casos en los que resulte evidente la falta de relación entre el objeto de la caricatura y el objeto del acto informativo en que fueron tomadas las imágenes pues *por*

[278] La STS de 24 de octubre de 1996 incluyó a un Comisario de Policía entre los sujetos de "proyección pública".

consustancial que sean al género satírico tanto la ridiculización del personaje como la brevedad y rotundidad del mensaje, acudir a ese género no borra ni elimina los límites que impone la protección del derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen[279]. Y como en el caso de *Isabel Iglesias Preysler* que vimos antes ¿No sería ciertamente asumible entender que el fin buscado con la emisión ridiculizada del inspector de Policía en un programa de género burlesco era también comercial? ¿No se buscaba obtener más beneficios a través de la elevación del grado de audiencia?.

De ser así, evidentemente la calificación de intromisión ilegítima no sería descabellada y podría tener una base sólida de acuerdo con otras Sentencias de similar contenido[280].

Respecto a la valoración sobre la previa conducta del afectado que justificaría el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o público que puedan colisionar con el (SSTC 99/1994 de 11 de abril y 14/2003 de 28 de enero) ¿Qué disparidad hay entre la de Isabel Iglesias y el agente de Policía para que en el primer caso no haya descenso de protección y en el segundo sí?.

Por último, en este ámbito de las imágenes caricaturescas es interesante y a veces chocante, la apreciación que hacen también los Tribunales acerca del período de tiempo en que se muestran las imágenes, como si la infracción dependiera de la duración de la misma. Así, la utilización de las imágenes durante un período de tiempo muy escaso hace decaer la infracción del derecho (STS de 7 de diciembre de 2005)[281], mientras que su repetición en el tiempo hace más grave la acción porque ataca más innecesariamente el prestigio del sujeto (STS de 18 de noviembre de 2009).

[279] STS 14 de abril de 2000
[280] SSTS de 26 de enero y 5 de octubre de 1990; 1 de abril de 2003
[281] También STS de 27 de febrero de 2007 y 25 de febrero de 2008

Indudablemente, la reiteración implica mayor desmerecimiento en su aspecto temporal pero una infracción de corta duración no es necesariamente en sí misma menos ofensiva que aquella que sea reiterada, ni provoca una imagen menos distorsionada del sujeto que la que se repita en el tiempo.

5.3.- *Los dobles*

Otra interesante cuestión que puede suscitarse en torno a la imagen de la persona es la utilización de los llamados "dobles", es decir, aquellas personas que guardan un formidable parecido físico con un personaje de fama hasta el punto de llevar a la confusión a gran parte de los individuos que les ven.

Evidentemente, el llamado "doble", es decir, la persona parecida al personaje afamado, ostenta también sus derechos de la personalidad y por ende, su derecho a su propia imagen, por lo que no parece que en el ámbito constitucional pueda producirse conflicto entre el derecho a la propia imagen de uno y otro sujeto ya que cada uno de ellos -el sosia y el famoso-, son titulares del suyo propio. Y como el "doble" lo que hace es exhibir su propia imagen ello nos obliga a entender que la cuestión queda fuera del ámbito de la intromisión ilegítima en tal derecho ya que nunca podremos hablar de colisión de derechos pues, efectivamente, uno y otro sujeto gozan del derecho a su propia imagen, con el mismo contenido, misma relevancia e igual protección jurídica.

El problema puede surgir, sin embargo, cuando el "doble" no se presente como sosia del personaje conocido sino que, aprovechándose de su parecido pero sin manifestarlo, busque intencionadamente un provecho económico o comercial confundiendo la personalidad del afamado. Es decir, si obtiene un provecho lucrativo por su parecido con el sujeto afamado sin identificarse como sosia y actuando como si fuera el

otro, utilizando para ello engaño publicitario ¿Habría en tal caso conflicto de derechos?.

Evidentemente no podemos negar el derecho al aprovechamiento lucrativo de un sujeto por su parecido físico con un personaje afamado pero, en mi opinión, y sin perjuicio de las responsabilidades penales en que se pudiera incurrirse por ilícito penal, evidentemente sí cabría hablar de conflicto, aunque no por intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen ajena sino por colisión entre ese derecho fundamental de la personalidad y el derecho a la explotación económica de la imagen.

5.4.- *Los imitadores*

Otro asunto tan interesante como el problema de "los dobles" –y en cierto modo muy similar-, es el que puede suscitarse en torno a la figura de los imitadores, es decir, aquellos personajes que utilizando caracteres, apariencias, gestos, complementos, maquillaje, elementos postizos o incluso datos o signos propios o de terceros, representan una imagen personal plenamente identificable y distinta a la suya propia.

Externamente pueden no parecerse al personaje imitado pero actuando, expresándose o comportándose como éste, la imagen que se hace aparente y visible es precisamente la del imitado y no la propia suya.

En principio, esto que José Ramón de Verda[282] llama *imitaciones artísticas con fines humorísticos*, en las que el público puede claramente identificar a un personaje famoso a través de los remedos o emulaciones, deben ser consideradas como caricaturas en un sentido amplio, habiendo de ser incluidas dentro del ámbito de aplicación del art. 8.2 b) de la LO 1/1982.

[282] DE VERDA Y BEAMONTE, José R. *Las intromisiones legítimas en los derechos a la propia imagen y a la propia voz (Un estudio del art. 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, a la luz de la reciente jurisprudencia).* Publicado en la Ley, 11 de julio de 2007, pág. 2.

Habitualmente, como decimos, los imitadores no tienen semejanza física con el personaje imitado pero logran cierto parecido con él gracias a su caracterización externa o a la imitación de sus rasgos y movimientos físicos, y evidentemente, en lo que se refiere a los derechos de la personalidad el "imitador" –como en el caso del "doble"-, también ostenta sus propios derechos por lo que tampoco parece que en el ámbito constitucional pueda producirse conflicto alguno entre el derecho a la propia imagen de aquél y el del sujeto imitado pues el "imitador" lo que hace es mostrar su propia imagen si bien simulada o afectada, y como decimos, uno y otro -imitador e imitado-, gozan de igual derecho a la propia imagen, con el mismo contenido y con la misma preeminencia.

En el ámbito de las imitaciones, pues, podríamos quizás hablar en su caso, de infracción del derecho al honor o a la intimidad pero no tanto del derecho a la propia imagen, salvo que explícitamente se utilizara la auténtica del imitado.

En ese sentido se expresó la STS núm. 402/2014, de 15 de julio de 2014, dictada en el Recurso de Casación núm. 566/2012 interpuesto por Antena 3 de Televisión, La Sexta y Globo Media contra la Sentencia dictada por la Sección 19ª de la AP de Madrid en fecha 29 de diciembre de 2011 en el recurso de apelación nº 508/2011, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario nº 948/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 87 de Madrid, que declaró intromisión en el honor, intimidad e integridad personal del demandante –en este caso, un menor de edad que accionaba a través de la representación de su padre-, como consecuencia de la emisión de un programa televisivo en septiembre de 2009, en el que tomando como base una concreta y cierta manifestación pública del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid sobre la inconveniencia de que los menores vieran determinados programas o series de televisión y que él mismo no permitía a su hijo menor de edad que los viera, aparecía la imagen de uno de los colaboradores del programa vestido como si fuera un niño, imitando la voz de un niño y con

un rótulo que decía "*el hijo del Defensor del menor*" -con el propio nombre-, a quien supuestamente sometían a una entrevista acerca de la prohibición de su padre, también identificado con su verdadero nombre, que comenzaba con un "*vamos a conectar en directo con José Ramón* [se da el apellido correcto]*, hijo de Paulino* [se reitera el apellido], *Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid*", para seguidamente realizarle preguntas sobre cómo se sentía ante la prohibición paterna, si eso le suponía algún problema, etc… poniendo en boca del personaje que imitaba al menor algunas respuestas burdas de claro contenido sexual, si bien en tono jocoso.

Interpuesta la correspondiente demanda por el propio Defensor del Menor y su esposa en representación de su hijo, la Sentencia de primera instancia estimó la demanda al considerar que se había producido una grave e ilegítima vulneración del derecho al honor, la intimidad y la integridad personal del menor, con los siguientes argumentos:

1º) el segmento del controvertido programa no era una simple parodia de las manifestaciones del Defensor del Menor sino una ridiculización de su hijo, un menor, que perjudicó su imagen y consideración

2º) se vulneró el honor e intimidad del niño con su identificación concreta y buscada de propósito

3º) se consideró especialmente grave la circunstancia de haberse escogido la figura de un menor para ridiculizar la posición de un adulto.

El Fallo condenaba a la parte demandada no sólo al pago de determinada cuantía indemnizatoria junto con la lectura de aquel en un programa de similar audiencia y características al objeto de litigio sino también la obligación de abstenerse "*en el futuro y en cualquiera otra situación, de volver a realizar actos de intrusión semejante en los derechos del menor*", haciendo extensiva la publicidad del Fallo "*a*

cualquier modo o forma de exhibición del programa a través de Internet o Redes sociales".

Interpuesto por los demandados Recurso de apelación contra dicha resolución, la Audiencia Provincial de Madrid dictó Sentencia estimando en parte el recurso revocándola parcialmente en el único sentido de fijar los intereses legales –en relación a la cuantía indemnizatoria-, y excluir de la publicidad del Fallo de la resolución recurrida *"a las formas de exhibición en Internet o Redes Sociales"*.

La Audiencia argumentó lo siguiente:

1º) que se vulneraba el honor, la intimidad y la integridad personal del menor por identificarle como hijo del Defensor del menor y presentarle ridiculizado -al igual que a su padre-, a través de una burla desconsiderada y excesiva

2º) que el género satírico no elimina los límites de la protección del honor, apreciándose intromisión ilegítima cuando se utiliza el animus iocandi como instrumento de escarnio

3º) que se buscaba intencionadamente la plena identificación del personaje

4º) que la crítica a la actuación del padre no justifica el atentado al honor del menor, "*pudiendo esta haberse realizado de forma directa, sin acudir a la denigración de su hijo".*

Recurrida la Sentencia en Casación el Alto Tribunal desestimó finalmente los Recursos alegando básicamente que si bien era cierto que el segmento televisivo objeto de litigio debiera encuadrarse dentro del derecho a la libertad de expresión, también lo era que esa libertad de expresión entraba en colisión con el honor y la intimidad de un menor, cuestiones de las que el Tribunal Supremo hacía un extenso análisis en la ponderación que efectuaba sobre la base del reconocimiento de una protección específica a los derechos de la personalidad de los menores

establecida en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica de Menor, y, especialmente –dice el Tribunal-, en el ámbito internacional.

En ese sentido, la Sentencia se refiere expresamente al art. 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966; al art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma, de 4 de noviembre de 1950; al art. 8 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores, de 29 de noviembre de 1985 -Reglas de Beijing-; y a los arts. 3 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por las Naciones Unidas en 20 de noviembre de 1989.

Igualmente el Tribunal hacía referencia expresa a La Carta Europea de Derechos del Niño, de 21 de septiembre de 1992, que reconoce que todo niño tiene derecho a ser protegido contra la utilización de su imagen de forma lesiva para su dignidad; y al punto 8.29 de la Carta Europea A3-0172/92, de 8 de julio de 1992, que declara que todo niño tiene derecho a no ser objeto por parte de un tercero de intrusiones injustificadas en su vida privada, en la de su familia, ni a sufrir atentados ilegales contra su honor, señalando, igualmente, que el punto 8.43 otorga protección frente a utilizaciones lesivas de la imagen del menor.

Finalmente recuerda el Tribunal el valor este de los Convenios Internacionales en relación con los menores, que aparece –dice el Tribunal-, *especialmente enfatizado por la Constitución en su art. 39.4;* refiriéndose también a la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (incorporada a nuestro ordenamiento interno por la Ley 25/1994, de 12 de julio, modificada por Ley 22/1999, de 7 de junio), cuyo objeto, según su art. 1.5, es defender los intereses legítimos de los usuarios y en especial

de los menores para preservar su correcto desarrollo físico, mental y moral.

De entre los propios Fundamentos de la Sentencia destaca la doctrina del Tribunal Constitucional expresada en STC 127/2003, de 30 de junio, que sostiene que en el ámbito propio y reservado característico del derecho a la intimidad "*resulta incuestionable que forma parte del mismo el legítimo interés de los menores a que no se divulguen datos relativos a su vida personal o familiar, que viene a erigirse, a tenor de lo dispuesto en el art. 20.4 de la Constitución, en límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz*[283]".

Por último, en cuanto al mensaje crítico, señala el Tribunal que "*éste se dirige, como consecuencia de las declaraciones del padre, no a estas declaraciones en sí mismas, ni directamente al emisor de las mismas, sino a cómo afecta este comportamiento a la vida de los hijos, que son personificados en este personaje. Desde esta perspectiva* –dice el Tribunal-, *la crítica va dirigida al entorno no público, sino privado de un cargo público, afectando al núcleo de este entorno, que es la familia, y concretándose en un hijo, cuyos datos se corresponden con un menor de edad, identificación que es objetivamente susceptible de influir en el entorno de este menor de edad*".

En cuanto al supuesto interés general que pudiera existir por las declaraciones de un cargo público, dice el Tribunal que este "*se diluye por el tratamiento otorgado a la crítica, al no dirigirse al ámbito público de este cargo, sino a su ámbito privado, afectado a un menor que… resulta identificado por su nombre y apellido*".

Finalmente, en relación al tono jocoso o caricaturesco, el Tribunal señala que el contenido explícito de un comportamiento sexual atribuido a

[283] En igual sentido, SSTC de 18 febrero 2013 y 134/1999, de 24 de mayo.

un personaje "*que está vestido como un menor, que se identifica con el hijo del Defensor del Menor, y al que se le llama José Ramón*" (el personaje que representa al menor dice que no puede ver programas "*de despelote*", ni material con el que "*hacerse las manualidades, debiendo acudir a catálogos de baño de su madre*"), es en opinión del Tribunal *"objetivamente atentatorio contra el honor de un menor de edad que resulta identificado con nombre y primer apellido, llegando a atribuirle hipotéticas conductas de carácter sexual, que no solo afectan al honor, sino también al ámbito íntimo de una persona"*; circunstancia ésta que -añade el Tribunal-, *supone un agravamiento de la intromisión producida*, por lo que se considera que la libertad de expresión no puede prevalecer frente al honor e intimidad del demandante por dirigirse la crítica en relación con unas declaraciones en el ámbito privado agravadas por la referencia a uno de sus hijos al que se le muestra en pantalla como un menor atribuyéndole de manera innecesaria conductas que objetivamente son denigratorias e intromisivas en su intimidad.

5.5.- Otras figuras: uso de *tics, voz o nombre*

En este apartado nos vamos a referir al uso de otros caracteres de terceros que podrían implicar la identificación plena del sujeto.

Según hemos visto con anterioridad, aunque nuestra Constitución se refiere en el art. 18.1 sólo al derecho a la propia imagen conjuntamente con el honor y la intimidad, también el art. 7.6 de la LO 1/1982 determina como intromisión ilegítima en el ámbito de los derechos de la persona la utilización del nombre, la voz o la imagen del sujeto para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.

Estas características personales de nombre o voz u otras similares tales como los tics, son junto con la imagen las particularidades que con más frecuencia se vienen entendiendo como elementos identificativos del ser humano haciendo de éste un ente individual y distinto a los otros.

A ellas se refiere no solo el propio art. 7.6 de la LO 1/1982 sino también algunas Sentencias para las que la imagen no sería sólo la exteriorización corporal del individuo sino que alcanzaría todo aquello que permitiera la identificación de la persona: la voz, el nombre, el sobrenombre, taras, particularidades físicas…. De tal modo que el derecho a la propia imagen sería una especie de derecho más amplio conformado además de por la imagen física de la persona por otras cualidades determinantes del sujeto que nos permitieran individualizarle y reconocerle.

Pensemos por ejemplo en la ceja del que fuera Presidente del Gobierno Sr. Zapatero, el bigote del también Presidente Sr. Aznar o el universal bigote de Charlot, entre otros.

En este sentido, cuanto menos curiosa es la STS de 17 de junio de 2004 que consideró intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen la publicación no consentida de la fotografía de una mujer desnuda cuya cara aparecía parcialmente tapada, pero que en su lugar de residencia pudo ser identificada –indubitadamente, según el Tribunal-, tanto por *el resto de su anatomía, por ser conocida, en lo que es trato usual, en la piscina a la que acudía, y por el anillo y el especial reloj que la misma portaba*[284]. Justificaciones estas del anillo y el reloj que nos parecen un tanto atrevidas pues no se trata de elementos o características propias de un determinado sujeto que lo hagan individual y personalmente recognoscible con distinción de los demás ya que a nadie se le escapa que tales objetos pueden ser adquiridos y lucidos por otro, con lo que o bien sobra la mención a tales cosas -y fue la anatomía lo que hizo identificable a la mujer-, o bien se ha hecho peligrosamente extensible el concepto de imagen hasta componentes o utensilios materiales que

[284] La fotografía había sido hecha por su médico, con el consentimiento de la fotografiada, bajo la excusa de necesitarla "*para aplicaciones de su actividad médica*". Sin embargo, apareció en una revista ilustrando un reportaje sobre los abusos fotográficos cometidos precisamente por ese facultativo.

pueden ser portados por la persona en cuestión o por otros y que, por lo tanto, no individualizarían a ninguna persona en concreto.

Cuestión distinta es el uso de otros signos externos identificativos de la persona tales como la voz o el nombre.

Pero en torno a estas manifestaciones externas surge juna primera cuestión ¿Hemos de entenderlos como una parte de la imagen o deben ser objeto de un derecho autónomo y distinto al derecho sobre la propia imagen? ¿El derecho a la voz o el derecho al nombre serían derechos fundamentales?.

La materia no es baladí porque el art. 18.1 C.E. sólo menciona la propia imagen, y si ésta queda definida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia por *los rasgos físicos del sujeto* resultaría evidente que la voz y el nombre no estarían incluidos.

La respuesta estaría, desde mi punto de vista, en entender que el derecho a la propia imagen es un derecho de la personalidad y un derecho fundamental, mientras que el derecho a la voz, al nombre y a otras cualidades definitorias e inherentes a la persona no serían derechos fundamentales -por no mencionarse en el art. 18.1 CE-, aunque sí lo serían de la personalidad por cuanto que su intromisión ilegítima se regula en la LO 1/1982.

No obstante, hay quien opina que el derecho a la voz y al nombre ni siquiera serían derechos de la personalidad.

Tal exclusión tendría su fundamento en que, en principio, no existe vinculación de la voz o el nombre con la dignidad humana o el desarrollo de la personalidad, ni tampoco con una posible individualización de la persona más allá de cualquier otra característica del ser humano, como el color de los ojos, la altura, la manera de hablar, etc.... Pero

verdaderamente es cada vez mayor el número de autores que consideran que la voz sí debiera configurarse como un derecho de la personalidad distinto del derecho a la propia imagen[285]. En tal caso, el problema fundamental estaría en cómo habría de protegerse el uso de tales elementos en nuestro ordenamiento.

Evidentemente, si se configurasen como un derecho fundamental, gozarían de la misma protección constitucional que cualquier derecho fundamental; si no lo fueran, su protección sería la que les dispensa el art. 7.6 de la LO 1/1982.

En todo caso, con carácter general podríamos decir que el derecho fundamental a la propia imagen reconocido en el art. 18.1 CE comprende la imagen en sentido estricto, por supuesto, pero también la voz y el nombre; si bien el contenido del derecho difiere en cada caso. Así, mientras que el titular está facultado para decidir sobre la captación, reproducción o publicación de su propia imagen -cualquiera que fuere la finalidad de su uso-, respecto del nombre y la voz únicamente dispone de la facultad de decidir sobre su utilización comercial de tal modo que ambos –voz y nombre-, se protegerían sólo en cuanto fueran utilizados con fines publicitarios, comerciales o análogos.

No obstante, la extensión del derecho a la propia imagen a otras expresiones propias de la persona, se ha visto refrendada por la doctrina constitucional.

Así, la STC 117/1994, de 25 de abril, señala:

> "[el derecho a la propia imagen] *forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus*

[285] LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.P. *El derecho personalísimo sobre la propia voz. La Ley*, 1990, págs. 845 a 854.

atributos más característicos, propios e inmediatos, como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona"[286].

Por tanto, el concepto de imagen cabría extenderlo *a otras representaciones de la persona* pero tal extensión no parece admisible que lo sea más allá de la figura o la apariencia externa, es decir, más allá de caracteres corporales o físicos que "*faciliten de modo evidente y no dubitativo o por aproximaciones o predisposiciones subjetivas su recognoscibilidad*", tal y como señala la STS de 30 de enero de 1998, con lo que entraríamos en la cuestión del reconocimiento identificable de la persona, que analizaremos a continuación.

5.6 La recognoscibilidad de la imagen

Reconocer a una persona en una imagen, una fotografía, un video o en cualquier otro tipo de representación no es más que una confirmación de los rasgos de identidad e individualidad propios del ser humano. Y este criterio de recognoscibilidad es el que aporta un matiz de contenido sustancial en la órbita del derecho a la propia imagen, de tal modo que sólo cuando una persona es reconocida en una imagen podemos plantear la aplicación del derecho a la propia imagen. Es decir, únicamente cuando concurran rasgos individualizadores e identificadores de una imagen humana en la percepción de las personas dicha imagen adquirirá entidad como representación visible de la figura de una persona concreta *y consecuentemente, solo entonces se puede hablar de la imagen como objeto de un derecho*[287].

El Tribunal Supremo en Sentencia de 9 de julio de 2004 entendió que no había intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de la

[286] En igual sentido, STC 81/2001, de 26 de marzo.
[287] NOGUEIRA ALCALA, Humberto, *El Derecho a la Propia Imagen como Derecho Fundamental Implícito. Fundamentación y Caracterización*, Revista Ius et Praxis, 2007. Pág 30.

persona porque quien aparecía en la concreta fotografía objeto de litis no era identificable *aunque la viñeta pudo asociarse con la de la actora al haberse identificado a ésta y difundido su fotografía en otros medios de comunicación, previamente a la publicación de aquélla, como víctima de un atentado terrorista.*

El asunto versaba sobre la imagen de una persona publicada en una viñeta a los tres días de haber sufrido un atentado terrorista, coincidente en el tiempo con el desarrollo de una campaña oficial promocionando el turismo en el País Vasco bajo el slogan "*Ven y Cuéntalo*", en la que la víctima aparecía con la mano izquierda amputada, ensangrentada y mostrando sus prendas interiores, bajo un slogan idéntico al de la campaña, cuya intención era -a tenor del propio contenido de la viñeta-, realizar una crítica a la imagen idílica y placentera que la campaña pretendía transmitir y que, según el autor, nada tenía que ver con la realidad de una tierra marcada por la violencia terrorista.

La sentencia señalaba que no cabía admitir que hubiera existido vulneración del derecho a la propia imagen ya que *con los solos datos proporcionados por la figura representada no podía reconocerse la imagen de la actora.*

Lo curioso de la argumentación hecha por el Tribunal en esta Sentencia en relación con la de la imagen de la señora reconocida por la anatomía, el anillo y el reloj (de 17 de junio de 2004), no deja de ser chocante ya que en esta última sí se admitía la intromisión porque su imagen pudo ser identificada en su lugar de residencia por los objetos accesorios y sin embargo tal argumentación no se aceptaba en la de 9 de julio de 2004 (curiosamente pocos días después), a pesar de que el propio Tribunal reconocía que la imagen representada en la viñeta pudo asociarse con la de la actora al haberse identificado a ésta y difundido su fotografía en otros medios de comunicación, también en su lugar de residencia.

En este ámbito es también interesante la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de marzo de 2001 sobre la publicación de un anuncio publicitario en el que, aunque no aparecía físicamente la imagen concreta de persona alguna ni de sus facciones, sí se presentaban determinados aspectos y elementos que hacían posible distinguir e identificar al sujeto a quien supuestamente se refería.

Efectivamente, en dicho anuncio aparecían unas piernas cruzadas, vestidas con unos pantalones negros y calzando unas deportivas blancas, con una leyenda que decía "*la persona más popular de España está dejando de decir te huelen los pies*". Es decir, se trataba de la representación imaginaria de las características externas de una determinada persona.

Pues bien, el demandante -personaje televisivo muy popular por entonces[288]-, solicitó el amparo por vulneración de su imagen e identidad personal al entender que los elementos usados en el anuncio le hacían identificable, sin embargo el Tribunal entendió que, en todo caso, se trataba de una utilización comercial de la imagen y que, por tanto, no se había lesionado el derecho fundamental consagrado en el art. 18.1 CE.

En sus razonamientos, el Tribunal inicialmente señalaba que en la medida en que *la libertad de la persona se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y de las características del mismo*, es evidente que con la protección constitucional de la imagen se preserva no sólo el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen (y hacía referencia el Tribunal a la STC 117/1994, de 25 de abril), sino también una esfera personal y en ese sentido privada, de libre

[288] En aquel momento un conocido actor-presentador de televisión, hijo de uno de los populares "payasos de le tele", vestía habitualmente ese tipo de ropa y calzado y además cantaba la canción titulada "te huelen los pies".

determinación, preservándosele, en suma, el valor fundamental de la dignidad humana. Reiterando igualmente el Tribunal que lo que se pretende con este derecho, en su dimensión constitucional, es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública *a fin de garantizar un ámbito privado para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas*. Y recordaba asimismo que el derecho constitucional a la propia imagen no debe confundirse con el derecho de toda persona a la explotación económica, comercial o publicitaria de su propia imagen, si bien –reconocía el Tribunal-, *la explotación comercial inconsentida e incluso en determinadas circunstancias la consentida de la imagen de una persona puede afectar a su derecho fundamental a la propia imagen*[289]. Sin embargo, el Tribunal entendía que en el caso aquí enjuiciado el derecho concernido no era *el derecho constitucional a la propia imagen*; y para ello utilizaba un doble argumento: en primer lugar, señalaba que la reivindicación del sujeto demandante había sido la defensa *del valor patrimonial o comercial de la imagen* indebidamente utilizada; y en segundo lugar, que la imagen reproducida *tampoco afectaba a lo que hemos denominado dimensión personal y no patrimonial del derecho a la imagen, ya que se trataba de un simple dibujo en blanco y negro realizado por ordenador de unas piernas cruzadas y enfundadas en unos pantalones negros y calzadas con zapatillas deportivas blancas que, además, representaban al personaje en su faceta de actor*; concluyendo que, con independencia de la cuestión acerca de si esta imagen era suficiente o no para identificar a la persona, dicha representación gráfica no se refería ni afectaba al sujeto en su dimensión personal, individual o privada, sino *a lo sumo en cuanto personaje popularizado a través de sus apariciones televisivas*, con lo que, el anuncio en cuestión *no quedaba concernido el bien jurídico protegido por el derecho fundamental a la propia imagen.*

[289] Con referencia a SSTC 231/1988 y 99/1994

Estaríamos pues ante unos derechos relativos a la explotación comercial de la imagen, con reconocimiento legal pero fuera del amparo constitucional ya que, reiteramos, nuestra doctrina y jurisprudencia tienen sobradamente declarado que el bien protegido constitucionalmente no es tanto la mera reproducción gráfica de cualquier elemento corporal del individuo como la evocación social de la persona que habitualmente se plasma a través de aquélla.

En todo caso, y para terminar este apartado, es evidente que nuestros Tribunales exigen de manera incontestable -como requisito previo para considerar afectado el derecho a la propia imagen en los casos en que la publicación no identifique expresamente al aludido-, que los rasgos o la representación difundidos sin consentimiento de su titular permitan reconocer su identidad, es decir, que en la figura representada pueda identificarse la imagen del sujeto. Eso y no otra cosa es la recognoscibilidad [290].

6.- Otros conflictos: el derecho a la propia imagen en el ámbito de las relaciones laborales

En la vertiente laboral el derecho a la propia imagen –que no es un derecho específicamente laboral y por tanto carece de una regulación específica en dicho ámbito-, está marcado por la relación especial de subordinación que se muestra por parte del trabajador frente al empresario, lo que justifica que, en algunas ocasiones, prevalezca el derecho a la libertad de empresa, pero como es evidente que el trabajador mantiene vivos los derechos inherentes a su persona y como la organización empresarial por su propia estructura resulta poco proclive al reconocimiento de aquéllos, parece inevitable que se produzcan conflictos.

[290] En igual sentido, SSTC 156/2001, de 2 de julio, y 14/2003, de 28 de enero

En este ámbito de las relaciones laborales podemos encontrar conflictos relativos al derecho a la propia imagen básicamente desde dos puntos de vista: el primero, en relación a la facultad del trabajador de configurar su propia apariencia; y el segundo, respecto de la posibilidad del empresario de limitar el derecho a la propia imagen de un trabajador, obligándole a participar, por ejemplo, en un acto donde su imagen va a poder ser captada y divulgada públicamente.

En cuanto al primer aspecto, la configuración de la propia apariencia ha sido tratada en numerosas ocasiones por nuestro Tribunal Constitucional siendo pioneras la STC 170/87, de 30 de octubre, sobre el despido de un *barman* por su reiterada negativa a afeitarse la barba, y la STC 120/96, de 8 de julio, sobre el caso de un policía que fue sancionado por llevar el pelo largo recogido en una coleta.

En ambos casos el Tribunal Constitucional guarda silencio sobre el pretendido derecho de la persona a configurar la apariencia y sobre su fundamento expreso, limitándose el Tribunal en el primer supuesto a analizar si existía o no una justificación que amparara dentro del poder de dirección del empresario la decisión de exigir a su empleado que se afeitara la barba, denegándose el amparo al trabajador porque, según el Tribunal, no se discute si la difusión o captación de la imagen es contraria al art. 18.1 CE, ni tampoco la decisión personal del trabajador sobre su apariencia física "*sino si esta decisión puede o no limitarse o condicionarse en virtud de las relaciones laborales en que desarrolla su actividad profesional*", lo cual, evidentemente, no resolvía la cuestión.

Un caso tangencialmente similar es el resuelto en la ya clásica STS de 27 diciembre de 1999, sobre la publicación por parte de la compañía "*Iberia*" de una oferta de trabajo en la que se exigía a los candidatos como requisitos básicos: poseer "*una adecuada imagen*"; edad entre 18 y 25 años; estatura entre 1'74 y 1'90 metros, para los hombres, y entre 1'64 y

1’82 metros, para las mujeres; y por último, que en caso de necesitar lentes, usasen microlentillas.

En tal supuesto, el Tribunal Supremo declaró que el requisito de “*buena imagen*” para las pruebas de acceso no es discriminatorio, sino que, antes al contrario, es razonable *pues se trata de una empresa privada de servicios que opera en régimen de libre competencia, en el sector de líneas aéreas, en el que precisamente los tripulantes de cabina o auxiliares de vuelo, son quienes de manera constante y habitual proyectan sobre los clientes la imagen de la compañía, que, naturalmente, debe ser buena para poder mantenerse en esa actividad en condiciones razonables de igualdad con otras empresas dedicadas a la misma actividad*”.

En cuanto al segundo caso, el policía que llevaba el pelo recogido en coleta, el Tribunal también se limita a señalar que los derechos fundamentales del art. 18 CE no resultan afectados ni guardan relación con la cuestión resuelta.

En general, la doctrina considera que el derecho a conformar la propia apariencia no forma parte del derecho fundamental a la propia imagen. En ese sentido, Pardo Falcón considera que el derecho a la propia imagen *no incluye lo que, desde un punto de vista estrictamente gramatical o semántico, pudiera parecer: el derecho de cada uno a llevar el aspecto que estime oportuno; jurídicamente hablando, este último derecho debe ser entendido, como hace nuestra jurisdicción constitucional, como otra manifestación del más genérico derecho a la intimidad*[291], cosa que también es apoyada por Pascual Medrano al considerar que *el derecho a la propia apariencia nada tiene que ver con el derecho a la propia imagen. Estamos más bien ante una manifestación o proyección de la libertad individual general (art. 1.1 CE), que puede*

[291] PARDO FALCON, Javier, *Los Derechos del artículo 18 de la Constitución Española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Revista Española de Derecho constitucional nº 34, 1992, pág. 167

encontrar tutela por parte del TC si dicha apariencia es fuente de discriminaciones injustificadas (art. 14 CE)[292].

Parece razonable admitir, pues, que existe un derecho a conformar nuestra apariencia física, aunque su fundamento es evidentemente discutible.

En relación al segundo aspecto -la posibilidad del empresario de limitar el derecho a la propia imagen de un trabajador-, tenemos el caso emblemático que fue analizado en la STC 99/1994, de 11 de abril, sobre el despido de un trabajador que se negó a participar ante los medios de comunicación y las autoridades autonómicas de la Consejería de Agricultura de Extremadura en una muestra de corte de jamón ibérico para la presentación de la denominación de origen del jamón de bellota producido por la empresa donde trabajaba. El solicitante de amparo se negó alegando que no quería que su imagen fuese captada fotográficamente y la empresa le rescindió el contrato de trabajo despidiéndole.

El Tribunal Constitucional analiza si en la orden del empresario existe una justificación que legitime la vulneración de un derecho fundamental, concediendo el Tribunal finalmente el amparo al reconocer que *el primer elemento a salvaguardar sería el interés del sujeto en evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, que constituye el primer elemento configurador de su intimidad y de su esfera personal, en cuanto elemento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su reconocimiento como individuo,* añadiendo el Tribunal que *en este contexto, la captación y difusión de la imagen del sujeto solo será admisible cuando la propia –y previa– conducta de aquel o las circunstancias en que se encuentra inmerso justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquel.*

[292]PASCUAL MEDRANO, Amelia, *El Derecho Fundamental a la Propia…* opus cit, pág. 65

A través de este pronunciamiento se advierte que el Tribunal Constitucional considera al derecho a la propia imagen como un auténtico derecho fundamental, independiente de los derechos a la intimidad y al honor, *que pervive en el seno de las relaciones laborales*[293] y cuya efectividad debe además *hacerse compatible con el cuadro de límites recíprocos que pueden surgir entre aquéllos* [los derechos de la personalidad], *y las facultades empresariales, las cuales son también expresión de derechos constitucionales reconocidos en los arts. 33 y 38 CE*[294].

Y como, según ya hemos indicado, el derecho a la propia imagen carece de una regulación específica en el ámbito de las relaciones laborales, para proteger este derecho se suele acudir al art. 4.2.e) ET, que dispone que los trabajadores tienen derecho *al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad… o* la vía del art. 17.1 ET, que si bien no contempla el aspecto externo del trabajador dentro de los factores discriminatorios, la doctrina no considera que se trate de *numerus clausus y* con base en el art. 14 CE, termina considerando ciertamente discriminatorio el trato desigual basado exclusivamente en el aspecto físico del trabajador[295].

Por último, no queremos terminar este apartado sin mencionar el conflictivo asunto del uso de cámaras de videograbación en el ámbito de las empresas, a cuyo respecto es comúnmente admitida entre la doctrina y la jurisprudencia la posibilidad de instalar sistemas audiovisuales de control en los casos en que exista una sospecha *objetivamente fundada* de que el trabajador está infringiendo sus obligaciones o está incurriendo en actuaciones delictivas.

---

[293] SSTC 7 febrero 1984, 10 octubre 1988, *19 julio 1985, 11 abril 1994, entre otras.*

[294] STC 15 de noviembre de 2004.

[295] SERRA CALLEJO, Javier, *La discriminación laboral por causas atípicas: el aspecto físico y la posesión de enfermedades contagiosas*, Estudios Financieros. Revista de trabajo y seguridad social, núm. 127, 2003, pág. 59.

En ese sentido se manifestó el Tribunal Constitucional en Sentencia de 10 julio 2000, que supuso un cambio en relación a la línea jurisprudencial mantenida hasta entonces, al considerar que la instalación de un circuito cerrado de televisión que controlaba la zona donde el trabajador desarrollaba su actividad laboral *era una medida justificada (ya que existían razonables sospechas de la comisión por parte del recurrente de graves irregularidades en su puesto de trabajo); idónea para la finalidad pretendida por la empresa (verificar si el trabajador cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes); necesaria (ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades); y equilibrada (pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de la caja y a una duración temporal limitada, la suficiente para comprobar que no se trataba de un hecho aislado o de una confusión, sino de una conducta ilícita reiterada)*, descartando por tanto el Tribunal Constitucional que se hubiera producido lesión alguna de los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen.

VI.- EL DERECHO A LA IMAGEN Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

1.- Introducción

A partir de la década de los años 90 comenzó a generarse un fenómeno de alcance mundial, a raíz de la apertura a toda la comunidad del acceso a una herramienta tecnológica que revolucionó la forma de comunicarse y transmitir información entre las personas: Internet.

Con la aparición de este nuevo medio de comunicación comenzó a circular a través de la red todo tipo de contenidos, datos, documentos, grabaciones, imágenes, etc…, de tal modo que hoy nadie duda de que estamos en presencia del medio masivo de información más importante del momento.

A través de Internet cualquier persona en el mundo puede tener acceso a cualquier tipo de información de una manera tan sencilla como increíblemente veloz. Información veraz o falsa, legítima o ilegítima, lesiva o no lesiva.

Hablamos, pues, de propagación masiva de elementos propios o ajenos -en muchas ocasiones fuera del control de los sujetos dueños de los mismos-, que, sin duda alguna, pueden dar lugar y de hecho dan lugar a innumerables problemas.

En el caso de la imagen de una persona -que es lo que ahora nos ocupa-, su propagación a través de Internet plantea un primer problema de consecuencias impredecibles, cual es que en muchas ocasiones la difusión de esa imagen no fue consentida por el titular de la misma y evidentemente esa es una circunstancia que por sí sola puede originar una lesión o un perjuicio; daño que además con el uso de la red puede verse potenciado e incrementado de manera exponencial.

La red social, como todos sabemos, es un sitio vinculado a la estructura de un grupo de personas que mantienen algún tipo de relación. Dicho de otro modo, es un tipo de sitio de Internet que facilita la creación

de comunidades virtuales con grupos de usuarios constituidos al amparo de intereses u objetivos más o menos comunes y que se interrelacionan compartiendo información, opiniones, datos y, por supuesto, fotografías y vídeos, *lo que puede suponer una amenaza para la protección de la vida privada*[296].

Algunas redes están especializadas en sectores determinados o se dirigen a un grupo específico de usuarios. Por ejemplo, tenemos a *LinkedIn*, que intenta fomentar los negocios y la movilidad laboral; o *Facebook* -la red social más popular, con unos 1.350 millones de usuarios-, que intercambian mensajes y archivos informáticos a lo largo de todo el planeta, y similares.

Otras, como *Youtube*, son un servicio gratuito de publicación de vídeos que resulta muy beneficioso para artistas anónimos que desean hacerse un hueco en la industria del cine o la publicidad; o *Twitter*, que es una aplicación que con un número limitado de caracteres permite compartir mensajes u opiniones entre un gran número de usuarios, con la posibilidad de incluir contenido multimedia (su ya conocido *hashtag* es parte indispensable del lenguaje popular siendo incluso muy utilizado por grandes empresas para promocionar sus productos); o *Myspace*, que es un portal usado especialmente por cantantes que buscan alcanzar la fama o personas que quieren conocer a otros artistas y mantener el contacto con ellos.

Evidentemente, estas redes -que son una clara muestra de la sociabilidad del ser humano-, pueden generar y de hecho generan conflictos, fundamentalmente por un uso tan indiscriminado que a la postre está provocando como una de sus más perniciosas consecuencias la indiferencia en todo lo que atañe a la defensa de los derechos de la persona, especialmente intimidad y propia imagen, sin que los usuarios sean conscientes muchas veces de los riesgos legales que se producen

[296] FERNANDEZ ESTEBAN, Mª Luisa. *El impacto de las nuevas tecnologías e Internet en los derechos del art. 18 de la Constitución*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura. Nº 17. 1999. Pág. 523.

precisamente por una de las actividades más sobresalientes que se desarrollan en estos ámbitos, que es esencialmente subir fotografías o imágenes, propias o de terceros, o compartir hechos o datos con detalles a veces muy personales, propios o ajenos.

Singularmente problemático es el uso de las redes por parte de los menores, quienes suelen valorar poco o nada su derecho a la intimidad y a la propia imagen, sobre todo en la red, y quienes ven en el uso de la imagen –especialmente la del otro-, un simple juego intrascendente.

La actividad de las redes, como decimos, va a resultar en multitud de ocasiones cuanto menos comprometida en aspectos relacionados con los derechos de la personalidad, originando abiertamente un cuantioso número de afectaciones sobre otros tantos derechos pues cuando se da una vulneración de derechos normalmente ésta se difunde y multiplica y, lo que es más grave, se mantiene indefinidamente a lo largo del tiempo.

Esta situación viene originada por varios motivos, entre otros, la dispersión -cuando no inexistencia-, de normas que regulen la actividad y los términos de uso de las redes sociales y, desde luego, por el desconocimiento casi absoluto por parte de quienes entran o se integran en estas redes, del contenido y alcance del contrato que suscriben de un modo efectivo. Incluso algunos desconocerán que suscriben un contrato.

Ciertamente hablamos de un contrato digital, pero tan vinculante y comprometido como cualquier otro formal.

Mediante esos acuerdos o contratos -que lo son de adhesión-, una de las partes entrega a la otra información gráfica o narrativa sin caer en la cuenta de que todo lo transmitido va a ser almacenado por el receptor, el cual va a poder hacer uso de todo ello de manera prácticamente indiscriminada lo que, a la postre, puede provocar perjuicios al donante o incluso a terceros.

Dicho de otro modo, la parte que entrega la información está exponiendo y arriesgando sus derechos a cambio precisamente de la propia exposición, sin ser conscientes de que, habitualmente, las personas o entes que reciben la información y administran los sitios han tomado múltiples precauciones[297] hasta el punto de resultar prácticamente inmunes ante cualquier trasgresión legal pues la responsabilidad de subir, por ejemplo, una foto va a recaer siempre y en todo caso sobre quienes las integran en la red y/o las intercambian[298], generando una evidente inseguridad normativa pues quienes participen entregando cualquier tipo de información –los usuarios-, se van a encontrar con una especie de nebulosa legal que usualmente les va a impedir ejercer sus derechos en el momento que pudiera interesarles[299].

Pero el problema no es sólo la falta de claridad de las cláusulas y los términos utilizados y aceptados en los contratos de redes sociales sino que la dificultad mayor va a ser la posible jurisdicción en la que habría de ventilarse una eventual reclamación judicial pues en la mayoría

---

[297] Hablamos de las cláusulas *Disclaimer* o declaración intencionada que delimita el alcance de derechos y obligaciones que pudieran ser ejercidos o impuestos por las partes en una relación convenida legalmente. Por lo general, el término "disclaimer" implica situaciones de incertidumbre o riesgo.

[298] Por ejemplo, al acceder al "sitio web de UBS", el usuario acepta estar legalmente sujeto a unas Condiciones de uso "y descargo de responsabilidad" admitiendo que "*dentro del marco permitido por la ley, UBS, sus directores, empleados o agentes se hacen responsables ante nadie de pérdidas directas o indirectas, responsabilidades, costes, reclamaciones, gastos o daños de cualquier tipo, ni contractual ni extracontractualmente, incluidos los casos de negligencia o que se ocasionen de alguna otra manera con motivo del uso de todas o de parte de estas páginas web, o en relación con ellas, aun cuando se haya advertido de ello a UBS*"

[299] En *Facebook, por ejemplo,* intentan salvar su responsabilidad con cláusulas como: **"***si recopilas información de usuarios**:** deberás obtener su consentimiento previo, dejar claro que eres tú (y no Facebook) quien recopila la información y publicar una política de privacidad que explique qué datos recopilas y cómo los usarás"; o "puedes utilizar tu configuración de privacidad para limitar cómo se pueden asociar tu nombre y fotografía de perfil al contenido comercial o patrocinado que ofrecemos. Nos das permiso para utilizar tu nombre y foto de perfil en conexión con ese contenido, de acuerdo con los límites que tú establezcas*". Evidentemente, nadie lee la letra del contrato y por tanto nadie pone límites.

de los casos la persona renuncia a la propia jurisdicción en favor de la interesada por el administrador del sitio que, casi siempre, va a ser distinta o incluso contrapuesta a la del país de origen del atacado en sus derechos.

Además, el problema no va a ser sólo para las personas que integran las redes sociales sino también para terceros ajenos que pueden aparecer en ellas, incluso señalados –*etiquetados*- con su propio nombre sin quizás saberlo ni, por tanto, consentirlo, en lo que sin duda puede suponer una fragrante vulneración de derechos, en especial los de intimidad y propia imagen.

Para una mejor comprensión del problema haremos una breve reseña sobre el funcionamiento de Internet, describiendo las tareas de aquellos que intervienen en el sistema así como el recorrido de una imagen o un dato a través de la red; conocimiento que resultará necesario para poder identificar a los posibles responsables del eventual daño ocasionado así como el grado de responsabilidad que pudiera corresponderle a cada uno de ellos.

En tal sentido, la persona que utiliza la red se denomina usuario, quien para acceder a Internet necesita un *proveedor de acceso* al servicio (normalmente una empresa que cuenta con el software y el hardware necesario para permitir el enlace entre el ordenador y la Web).

Para llegar al contenido disponible en Internet –una imagen, por ejemplo-, el usuario debe acceder a través de su navegador a la página Web donde esté alojado el contenido concreto.

Cada página posee un *DNS* (Sistema de Nombre de Dominio) y su equivalente en número, que se conoce como *IP* (Protocolo de Internet), que es asignado por la *ICANN* (*Internet Coporation for Assigned Names and Numbers*).

Igualmente, cada usuario tiene un número de IP concedido por el proveedor de acceso al servicio.

La página a la que el usuario accede para llegar al concreto contenido se halla alojada en un espacio de un servidor Web, que es ofrecido por un intermediario a todos aquellos que poseen determinadas imágenes o datos y que quieren que los mismos se encuentren disponibles para los usuarios que deseen consultarlos.

No obstante, hay que distinguir entre el prestador de servicios de almacenamiento o alojamiento y el propietario de los datos, estando aquél directamente relacionado con el prestador de servicios de copia temporal de datos (o *caching*), que es quien hace copias temporales de los datos más solicitados por los usuarios para facilitar de ese modo el acceso a los mismos[300].

En cuanto al recorrido de los datos, es muy difícil que un particular conozca cuándo una imagen suya está siendo utilizada de forma tal que lesiona sus derechos de la personalidad -no así en caso de famosos, que tienen más facilidad para conocer la ubicación de sus datos-, y es aquí donde juegan un papel esencial "los buscadores", que son las herramientas que permiten a los usuarios de Internet encontrar un dato (imagen, documento, grabación…) disponible en la red y al que se puede llegar simplemente introduciendo un nombre, una palabra o una frase en relación al objeto de búsqueda.

En virtud de lo hasta aquí expuesto es fácil entender lo dificultoso que será establecer quién, en caso de infracción, será el sujeto responsable pues son muchos los partícipes y son muchos los medios e instrumentos empleados.

[300] Ver DIAZ REVORIO, Francisco J., *Los Derechos Humanos ante los nuevos avances científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución. Comisión Nacional de los derechos humanos*. Ed. Tirant o Blanch, Valencia, 2009, págs. 184 y ss; LLANEZA GONZÁLEZ, Paloma, Internet y comunicaciones digitales, ed. Boch S.A., Barcelona, 2000, págs 37 y ss; CASTELLS OLIVAN, Manuel, *La galaxia de Internet*, ed. Areté, Barcelona, 2001, págs 23 y ss

Por ejemplo, los proveedores de acceso (*ISP*) -cuya actividad se limita a facilitar el acceso a la Web brindando la infraestructura necesaria para permitir la conexión entre el usuario y la red, dando el soporte técnico para transportar la información sin modificar el contenido de la misma-, parece difícil que se les pueda achacar responsabilidad alguna en caso de un uso lesivo de la imagen pues en realidad éstos sólo ofrecen un servicio al usuario, ligándose a él por medio de un contrato de prestación de servicio. Además, casi nunca tienen acceso al contenido de los paquetes de información circulantes, por lo que, salvo que se entienda como responsabilidad objetiva –cosa complicada-, no podrían serle imputados un obrar culposo o negligente.

Sin embargo, en caso de interponer demanda sería bastante fácil traerles al proceso, aunque solo fuera por la posibilidad de identificarlos más fácilmente, ya que estas personas cuentan con una sede social o sucursales localizables.

En cuanto a los sujetos cuya actividad consiste en almacenar datos temporalmente u ofrecer un alojamiento permanente, ambos ofrecen un servicio más bien técnico y como el problema se suscita respecto de la posible ilicitud de los contenidos alojados por ellos, la cuestión estribará en determinar su responsabilidad según el grado de conocimiento que posean en relación a la información contenida, de tal modo que si eran conscientes de la ilicitud de la misma y no tomaron las medidas necesarias para impedir que los usuarios tuvieran acceso a ella, parece evidente que serían responsables.

En lo que se refiere a los contratos de alojamiento o almacenamiento de datos podemos distinguir entre los contratos "*hosting*" (puesta a disposición del usuario de un espacio virtual para alojar los datos que desee) y los contratos "*housing*" (puesta a disposición del usuario de un lugar físico para el alojamiento).

La principal diferencia entre uno y otro es que en el "*hosting*" el usuario desconoce el lugar de alojamiento de los datos (es virtual) y la prestación del servicio puede ser de carácter gratuito, cosa que habitualmente no sucede en el "*housing*", por lo que, evidentemente, localizar al sujeto responsable que tiene almacenadas imágenes lesivas mediante un contrato de "*hosting*" –desconociéndose el lugar de almacenamiento y los datos identificativos del intermediario-, va a resultar harto difícil.

En cuanto a los "buscadores" –de los que antes hemos hablado-, ellos recopilan los contenidos de las páginas indexando datos y dando al usuario los resultados de la búsqueda mediante un listado de sitios que contienen la palabra que originó la consulta.

El problema de los "buscadores" es que pueden remitir a un sitio que contenga, por ejemplo, fotografías que vulneran el derecho a la propia imagen y a las que, evidentemente, el usuario no podría acceder sino fuera porque la herramienta se lo ha facilitado, planteándose en este momento la discusión en torno a su responsabilidad: para algunos, no se les puede achacar responsabilidad por cuanto que la función que cumplen es ser meras herramientas que colaboran con la ubicación de los sitios pero nada tienen que ver con los contenidos que se ofrecen; para otros, sí serían responsables porque en definitiva concretan y ponen a disposición del usuario el sitio donde puede estar cometiéndose la infracción.

Es verdad que en el proceso de indexación de contenidos no interviene la actividad humana sino que se trata de procedimientos automatizados sin intervención de persona física alguna, pero quizás por la vía de la culpa *in vigilando* pudiera imputárseles civilmente algún tipo de responsabilidad.

En todo caso, no cabe duda de que el perjuicio causado por el uso indebido de la imagen es consecuencia de un obrar antijurídico generador de una obligación de resarcimiento que pudiera ser atribuida, o debiera

ser atribuida al menos, al usuario/titular de la página Web que subió a la red el contenido y permitió así el inicio del recorrido de la imagen lesiva.

En lo relativo a los datos identificativos debe tenerse en cuenta que cada usuario posee –como señalamos antes-, un número de identificación único denominado dirección IP mediante el cual es sencillo ubicarles.

En definitiva, estamos frente a un mundo complejo e inseguro movido por vertiginosos cambios sociales, culturales y económicos que como dice el profesor *Díaz Revorio* pudieran exigir el reconocimiento de *nuevos derechos constitucionales que den cobertura jurídica a nuevas necesidades o exigencias humanas*[301].

Ante estas consecuencias tan inmensas como inciertas, el Parlamento Europeo, con la directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, pretendió desde un primer momento generar confianza entre los usuarios intentando establecer un marco jurídico adecuado para el empleo de estos nuevos medios, actuación que fue seguida por el Parlamento español con la Ley 34/2002, de 11 de julio, de *Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico* (LSSI). Marco jurídico que engloba además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, otros como el suministro de información, la transmisión de datos, el alojamiento de información en los propios servidores, descargas de archivos de video, audio, etc…, que son ofrecidos *por los operadores de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet, los portales, los motores de búsqueda o cualquier otro sujeto que disponga de un sitio de Internet*, según señala la propia Exposición de motivos de la citada Ley 34/2002.

De dicha Ley haremos a continuación una breve reseña.

[301] DIAZ REVORIO, Francisco J., *Los Derechos Humanos ante los nuevos avances…. opus cit*, págs. 33 y ss. Entre los nuevos derechos cita el "derecho a la intimidad corporal" y el "derecho a la protección de datos corporales".

2.- La Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico (LSSI)

La controvertida LSSI -durante cuya tramitación surgió una importante polémica sobre si dicha normativa vulneraba el derecho a la intimidad del *webmaster* o propietario de una página o espacio *web* al resultar obligado a poner a disposición de cualquier usuario datos personales tan importantes como su nombre y apellidos, su NIF o incluso su propio domicilio-, tenía como objetivo principal la trasposición de la Directiva 200/31/CE (cuyo fin era regular el Comercio electrónico), aunque también regular otros factores que afectaban a la llamada "Sociedad de la Información", en ámbitos tan diferentes como las obligaciones de Servicio Universal o la legalidad o ilegalidad de los actos que cualquier particular pudiera llevar a cabo en la red.

La norma buscaba regular el Comercio Electrónico porque, entre otras cuestiones, se consideraba y se considera a Internet y al comercio a través de la red uno de los más importantes motores de la economía y lo que se pretendía era que su desarrollo influyera en el resto de los sectores productivos de los países de la UE. A tal fin, por ejemplo, se compelía a la eliminación de barreras para las personas discapacitadas y a que en un breve espacio de tiempo todos los ciudadanos tuvieran acceso “funcional” a Internet, así como se apostaba por *el arbitraje de consumo* como medio más rápido que el de la justicia ordinaria para dirimir conflictos

La Ley también buscaba la protección de la infancia, como principio básico, y con ese punto de partida pretendía regular la responsabilidad de los enlaces en las páginas web, la de los ISPs (proveedores de acceso), obligándoles, por ejemplo, a tener los datos de sus clientes durante un año o a establecer determinada información. También se prohibía el *spam* y se apostaba por la autorregulación y los códigos de conducta, imponiéndose cuantiosas sanciones económicas en caso de incumplimiento.

Pero, claro, el objetivo de la globalización y su contexto también traen consigo numerosos problemas. Y uno de los más importantes es del ámbito de aplicación de la Ley.

Su artículo 2 señala que la Ley será de aplicación “a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España” añadiendo que "se entenderá que un prestador de servicios está establecido en España cuando su residencia o domicilio social se encuentren en territorio español", lo cual nos lleva a una doble paradoja: primero, que el criterio de la residencia nos lleva a la injusta situación de establecer exigencias de control sólo a las personas o empresas residentes o con domicilio social en territorio español -lo que implicaría que cualquier extranjero pudiera, con total impunidad, ofrecer sus servicios a residentes españoles obviando dicha normativa-, y segundo, que al hablar de "*domicilio social*" –concepto de espacio o territorio que en las redes sociales nada tiene que ver con el de los medios tradicionales de comunicación-, se facilitaría evitar la norma sólo con registrar un dominio o trasladarlo a otro fuera del espacio europeo.

Tal es el caso, por ejemplo, de los *hosting* o *housing* de páginas web, de los que antes hemos hablado, que bien pueden estar radicados en empresas no europeas y sin sucursales en la UE, lo que implicaría que quedarían fuera del ámbito de la LSSI y por lo tanto, en cierto modo, tendrían abierto el camino para poder actuar con total impunidad.

Este es precisamente el problema de trasladar conceptos jurídicos tradicionales como el de "domicilio fiscal” o “domicilio social” al mundo de las redes telemáticas, un mundo virtual en el que el anonimato es el modo habitual de producir y donde la información no está en un espacio físico concreto. Y si lo estuviera, por cierto, bastaría con pocos segundos para cambiar de un espacio a otro y dejar de estar localizado.

Evidentemente, el lugar de establecimiento del prestador de servicios –del que dependerá el ámbito de aplicación de la Ley-, es esencial. Y como existen empresas que no tienen un establecimiento en ningún país de la Unión Europea, y por tanto tampoco en España, solo cabría aplicarles lo dispuesto en los Tratados internacionales allí donde se hubieren suscrito. Tratados que, por otro lado, normalmente carecen de normas específicas para la red.

Por ello, la resolución de conflictos no tiene un camino fácil.

En ese sentido, además del repertorio de acciones civiles y penales que tiene el usuario de Internet para reclamar la reparación que fuera procedente por la producción de daños y perjuicios, la LSSI añade la «acción de cesación» dirigida a obtener el cese inmediato de cualquier conducta que lesione los intereses de los consumidores y usuarios o a prohibir su posible reiteración futura.

El procedimiento es el regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En todo caso, la LSSI no es la única norma que regula las actividades en Internet en lo que ahora nos interesa. También está el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, donde se establecen específicos mecanismos de defensa.

3.- Derecho al olvido

Uno de los procedimientos para la protección de derechos es el recientemente admitido "*derecho al olvido*", entendiendo por tal el que

tiene el ofendido a que se elimine del espacio virtual de Internet cualquier rastro de vulneración de sus derechos[302].

Es cierto que el llamado *derecho al olvido* está referido no tanto a la reproducción de imágenes como a la información noticiable de una persona, sin embargo entendemos que nada impide extenderlo al derecho a eliminar imágenes o fotografías perjudiciales para el sujeto que pudieran infringir el derecho a la propia imagen, permitiéndole, en todo caso *limpiar su pasado*, sobre todo si se trata de imágenes comprometidas o indeseables.

Sería el derecho a que nos dejen en paz, versión moderna del "*to be alone*" de los norteamericanos *Samuel D. Warren y Louis Brandeis* –de quienes hablamos al comienzo de este trabajo-, y que se concretaría en el derecho de los usuarios a solicitar que los motores de búsqueda eliminen los resultados que incluyan su nombre y que se consideren inadecuados, irrelevantes o excesivos. En realidad, más que derecho al olvido sería quizás más acertado decir "derecho a no ser recordado" pero ahora no vamos a entrar disquisiciones conceptuales.

El derecho al olvido se reconoce en la Sentencia de la gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 13 de mayo de 2014, que versa sobre la reclamación presentada en marzo de 2010 por un usuario de Internet de nacionalidad española ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), quien básicamente sostenía que cuando introducía su nombre y apellidos en el motor de búsqueda de Google, obtenía como resultado determinados vínculos, algunos de los cuales le dirigían a dos páginas del periódico *La Vanguardia*, ambas de principios de 1998, en las que figuraban unos anuncios de subasta de inmuebles por impagos suyos a la Seguridad Social, en los que, obviamente, aparecían su nombre y apellidos completos.

[302] Ver RALLO LOMBARTE, Artemi, *El Derecho al olvido y su protección*, Revista Telos (Cuadernos de Comunicación e Innovación), Ed. Fundación Telefónica, 2010, págs. 2-4

Mediante la acción ejercitada, el usuario de Internet solicitaba, por un lado, que se exigiera a *La Vanguardia* eliminar o modificar lo publicado, haciendo desaparecer sus datos personales o, al menos, se le permitiera utilizar las herramientas facilitadas por los motores de búsqueda para proteger esos datos; y por otro, que la compañía *Google* eliminara u ocultara sus datos de tal modo que no aparecieran en el resultado de búsqueda, dejando así de estar ligado su nombre a los enlaces del periódico.

El reclamante alegaba que la deuda origen del embargo había sido saldada hacía muchos años y que, por lo tanto, el asunto carecía de relevancia.

La AEPD desestimó la reclamación respecto de *La Vanguardia* al considerar que lo publicado lo fue por orden la Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, si bien la estimó respecto de Google al entender que dicha demandada, como gestora de un motor de búsquedas, estaba sometida a la normativa en materia de protección de datos, resultando que la localización y difusión de los del reclamante podía lesionar el derecho fundamental a la protección de datos y a la dignidad de la persona.

Recurrida la Resolución ante la Audiencia Nacional por *Google Spain y Google Inc.*, la Audiencia planteó ante el TJUE varias cuestiones prejudiciales: una primera, relativa a la aplicación territorial de la Directiva 95/46[303]; otra segunda, relativa a la actividad de los buscadores como proveedores de contenidos en relación a dicha directiva; y una tercera, respecto del alcance del derecho de cancelación y/u oposición en relación

[303] La Directiva 95/46, tiene por objeto –según su art. 1º-, la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y la eliminación de los obstáculos a la libre circulación de estos datos.

con el derecho al olvido de una información publicada lícitamente por terceros.

El Tribunal, básicamente, resolvió en el siguiente sentido:

Primero.- el art. 2 letras b) y d) de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995[304], relativa a la protección de datos personales y su libre circulación, debe interpretarse –decía el Tribunal-, en el sentido de que la actividad de un motor de búsqueda que consiste en hallar información y ponerla a disposición de los internautas es "*tratamiento de datos personales*", siendo responsable el gestor del motor de búsqueda,

Segundo.- el art. 4.1 letra a) de la citada Directiva[305], debe interpretarse –según el Tribunal-, en el sentido de que cuando el gestor

---

[304] El artículo 2 de la Directiva 95/46 establece que «a efectos de [ésta], se entenderá por:

[...]

b) "tratamiento de datos personales" ("tratamiento"): cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción;

[...]

d) "responsable del tratamiento": la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que sólo o conjuntamente con otros determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales; en caso de que los fines y los medios del tratamiento estén determinados por disposiciones legislativas o reglamentarias nacionales o comunitarias, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrán ser fijados por el Derecho nacional o comunitario;

[...]»

[305] El artículo 4, titulado «Derecho nacional aplicable», dispone:

«1. Los Estados miembros aplicarán las disposiciones nacionales que haya aprobado para la aplicación de la presente Directiva a todo tratamiento de datos personales cuando:

a) el tratamiento sea efectuado en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento en el territorio del Estado miembro. Cuando el mismo

de un motor de búsqueda crea en un Estado miembro de la UE una sucursal o una filial destinada a promover y vender espacios publicitarios propuestos por el citado motor y cuya actividad se dirige a los habitantes de ese Estado miembro, se entenderá que el responsable del mismo está llevando a cabo un tratamiento de datos personales en el territorio del Estado miembro.

Tercero.- los art. 12, letra b), y 14, párrafo primero, letra a), de la misma Directiva[306], deben interpretarse –dice de nuevo el Tribunal-, en el sentido de de, para respetar los derechos establecidos en tales

---

responsable del tratamiento esté establecido en el territorio de varios Estados miembros deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que cada uno de dichos establecimientos cumple las obligaciones previstas por el Derecho nacional aplicable;

[…]

c) el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio de la Comunidad y recurra, para el tratamiento de datos personales, a medios, automatizados o no, situados en el territorio de dicho Estado miembro, salvo en caso de que dichos medios se utilicen solamente con fines de tránsito por el territorio de la Comunidad Europea.

[306] El artículo 12, titulado «Derecho de acceso», establece:

«Los Estados miembros garantizarán a todos los interesados el derecho de obtener del responsable del tratamiento:

[...]

b) en su caso, la rectificación, la supresión o el bloqueo de los datos cuyo tratamiento no se ajuste a las disposiciones de la presente Directiva, en particular a causa del carácter incompleto o inexacto de los datos;

[...]»

El artículo 14, titulado «Derecho de oposición del interesado», dispone:

«Los Estados miembros reconocerán al interesado el derecho a:

a) oponerse, al menos en los casos contemplados en las letras e) y f) del artículo 7, en cualquier momento y por razones legítimas propias de su situación particular, a que los datos que le conciernan sean objeto de tratamiento, salvo cuando la legislación nacional disponga otra cosa. En caso de oposición justificada, el tratamiento que efectúe el responsable no podrá referirse ya a esos datos;

[...]»

disposiciones –siempre que se cumplan los requisitos que ellas establecen-, el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenidos tras un búsqueda llevada a cabo a partir del nombre, los vínculos o páginas web publicadas por terceros que contengan información relativa a esta persona, aunque lo publicado sea lícito en sí mismo.

Cuarto.- los mismos anteriores artículos, 12, letra b) y 14, párrafo primero, letra a), deben interpretarse, por último, también en el sentido de que, al analizar los requisitos de aplicación de estas disposiciones se examinará particularmente si el interesado tiene derechos a que la información en cuestión no esté vinculada a su nombre, sin que ello presuponga que tal información cause perjuicio al interesado.

En ese sentido, el Tribunal entiende que los arts. 7 y 8 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea[307] le permiten requerir que la información no se ponga a disposición del público; derecho que prevalece –señala el Tribunal-, no sólo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda sino también sobre el interés del público en acceder a tal información.

No obstante, el Tribunal señala una excepción: el papel desempeñado en la vida pública por el interesado puede justificar la injerencia en sus derechos fundamentales "*por el interés de dicho público en tener, a raíz de esta inclusión, acceso a la información de que se trate*".

Esta Sentencia ha provocado profundas consecuencias. De hecho, muy recientemente (agosto de 2015)[308] el organismo británico equivalente a nuestra Agencia de Protección de Datos, el *ICO* (*Information*

[307] de 18 de diciembre de 2000

[308] https://ico.org.uk/about-the-ico/news-and-events/news-and-blogs/2015/08/ico-orders-removal-of-google-search-results/. Fecha de consulta: 22 de septiembre de 2015, 22:30 h

Commissioner´s Office)[309], ha ordenado a Google la retirada de nueve enlaces a determinadas páginas porque podrían afectar al derecho al olvido de un individuo que había cometido un delito menor en el año 2006.

Los enlaces eran noticias que informaban de que Google había eliminado, a su vez, enlaces a noticias sobre dicho individuo y su pasado delictivo.

Google se negó a retirar estos nuevos enlaces alegando que se trataba de noticias recientes que informaban oportunamente sobre un asunto de tanta importancia pública como era el propio "*derecho al olvido*", lo cual –según *Google*–, debería hacerlos inmunes a las instrucciones de la Justicia europea que obliga a los buscadores a eliminar estos enlaces.

El ICO reconoce parcialmente ese argumento, pero sostiene que para informar sobre la retirada de la información no era necesario volver a repetir el nombre de la persona implicada ni el delito que en su día cometió, como tampoco enlazar a las noticias eliminadas del buscador de Google "*pues ello supone un impacto injustificado y negativo sobre la privacidad del individuo y una violación de la Ley de Protección de Datos*".

Pero aun más recientemente el pleno de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo se ha pronunciado en su primera Sentencia sobre *el derecho al olvido*[310] en contra de la eliminación de la hemeroteca de un importante diario de difusión nacional -en su versión digital-, de las identidades de dos personas que hace treinta años estuvieron implicadas en un delito de tráfico de drogas y que después de cumplir condena por estos hechos habían rehecho su vida personal y profesional.

[309] El ICO tiene, entre otras, responsabilidades específicas establecidas en la Ley de Protección de Datos UK, de 1998, el Freedom of Information Act de 2000, y el Reglamento de Regulación del Comercio Electrónico y Privacidad, de 2003.
[310] STS 545/2015, de 15 de octubre de 2015.

Estas personas habían interpuesto una demanda contra el diario tras comprobar que al introducir como palabras clave sus nombres y apellidos, en los primeros lugares de las consultas en los motores de búsqueda de Internet aparecía la noticia publicada en su momento sobre su detención e ingreso en prisión por la comisión de aquel delito e incluso informaba del padecimiento en su día del síndrome de abstinencia por consumo de drogas.

Su demanda fue estimada en primera instancia resultando condenado el diario a indemnizarles. Pero el diario recurrió y la Audiencia Provincial de Barcelona se limitó a condenar al diario a la obligación de cesar en el uso de los datos personales de los demandantes (incluso de sus iniciales) y a prohibirle indexar los datos personales en el motor de búsqueda de la hemeroteca del diario.

La editorial del diario volvió a recurrir y ahora el Supremo le da la razón de forma parcial al dejar "*sin valor ni efecto alg*uno" los pronunciamientos de la Audiencia Provincial relativos a la supresión de los datos personales de los demandantes en el código fuente de la página *web* que contenía la información así como los referidos a la prohibición de indexar los datos personales para su uso por el motor de búsqueda interno de la hemeroteca. Es decir, el Tribunal Supremo revoca la decisión de la Audiencia de Barcelona de ordenar al diario demandado que también elimine en su propia *web* los datos personales de los afectados, de tal modo que el alcance del derecho al olvido es limitado al no permitir retirar totalmente los datos de los protagonistas de la noticia ya que la información podrá seguir consultándose íntegramente en la hemeroteca digital del medio, aunque oculta a los buscadores masivos.

La sentencia realiza una ponderación entre el derecho a la información y el *derecho al olvido* del que venimos tratando y pese a estimar que el editor de una página *web* en la que se incluyen datos personales "*es responsable de que el tratamiento de estos datos*

respeten ciertas exigencias", se pronuncia sobre el ejercicio de la libertad de información y los derechos al honor, la intimidad y la protección de datos personales de los afectados por las informaciones contenidas en las hemerotecas digitales, evaluando entre el "*potencial ofensivo*" que para los derechos de la personalidad tiene la información publicada y el "*interés público*" en que esa información aparezca vinculada a los datos personales de los afectados. Interés que, según el Supremo, puede justificar que cuando se trate de personas de relevancia pública o exista un interés histórico, la información sobre unos hechos que afecten a su privacidad o a su reputación –aunque hayan sucedido hace mucho tiempo-, pueden seguir vinculados a sus datos personales -particularmente su nombre y apellidos-, en las consultas realizadas a través de los buscadores de Internet. Si bien esa vinculación –dice el Alto Tribunal-, va perdiendo su justificación a medida que transcurre el tiempo "*si las personas concernidas carecen de relevancia pública y los hechos vinculados a esas personas, carecen de interés histórico*" pues aunque el tratamiento de los datos pueda considerarse veraz "*ya no resulta adecuado para la finalidad con la que inicialmente fueron recogidos y tratados, y distorsiona gravemente la percepción que los demás ciudadanos tienen de la persona afectada, provocando un efecto estigmatizador e impidiendo su plena inserción en la sociedad*".

Sin embargo, en el caso concreto el Tribunal puntualiza que el llamado "*derecho al olvido digital*" no ampara que cada uno "*construya un pasado a su medida*", obstaculizando o impidiendo la divulgación de informaciones sobre hechos que no considere positivos, ni justifica que aquellas personas que se exponen a sí mismos públicamente "*puedan exigir que se construya un currículo a su medida*" pues "*el llamado derecho al olvido no puede suponer una censura retrospectiva de las informaciones correctamente publicadas en su día*", y por ello la Sala rechaza la procedencia de eliminar los nombres y apellidos de la información recogida en la hemeroteca así como que los datos

personales contenidos en la información no puedan ser indexados por el motor de búsqueda interno de la hemeroteca, pues considera que estas medidas suponen una "*restricción excesiva*" de la libertad de información vinculada a la existencia de las hemerotecas digitales

No obstante, el Tribunal Supremo sí sostiene que el derecho a la intimidad y el honor del afectado puede entrar en colisión con el derecho a la información "*cuando se trate de noticias obsoletas y gravemente perjudiciales referidas a personas sin relevancia pública o interés histórico*", en cuyo caso, el derecho a la protección de datos personales justifica que los responsables de los diarios, a petición de los afectados, deban adoptar medidas tecnológicas (tales como la utilización de *códigos robots.txr*[311] o instrucciones *noindex*[312]) para que la información de las hemerotecas digitales no pueda ser ofrecida por los buscadores de Internet.

Por su interés, reproducimos los principales fundamentos de derecho de esta trascendental Sentencia:

> *"QUINTO.- Decisión de la Sala (I). El tratamiento de datos personales que realiza el editor de una página web.*
>
> *1.- Como se ha visto al analizar la alegación de caducidad de la acción, la actuación objeto de la demanda no es la publicación de la noticia en la edición en papel del periódico en los años ochenta, sino el tratamiento de los datos personales derivado de la inclusión de los nombres y apellidos en el código fuente de la página web de la hemeroteca digital de El País en que se digitalizó tal noticia con un tratamiento que permite su indexación por los motores de búsqueda de Internet.*

[311] Es un método para evitar que ciertos *bots* (programa informático que imita el comportamiento de un humano) que analizan los sitios *Web* u otros robots que investigan todo o una parte del acceso de un sitio *Web* agreguen información innecesaria a los resultados de búsqueda.

[312] *Etiqueta* que hace que una página no aparezca en la búsqueda de un determinado motor de Internet, con independencia de que otros sitios estén enlazados con ella

Por tanto, no puede enjuiciarse ahora si el modo en que se publicó la noticia en la edición del periódico en papel, en los años ochenta, fue o no lícito. La acción para declarar la ilicitud de aquella información habría caducado, y una acción como la ejercitada en la demanda, relativa a lo que se ha venido en llamar el "derecho al olvido digital", no puede tener como consecuencia la declaración de ilicitud de la información publicada en su día. En consecuencia, ha de partirse de la licitud de la publicación de la información en la que aparecían mencionadas las personas demandantes, y ceñir el enjuiciamiento al tratamiento de sus datos personales derivado de la digitalización de la hemeroteca del diario en que dicha información fue publicada.

2.- El editor de una página web en la que se incluyen datos personales realiza un tratamiento de datos personales y como tal es responsable de que dicho tratamiento de datos respete las exigencias de la normativa que lo regula, en concreto las derivadas del principio de calidad de los datos. Así lo ha considerado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE) en las sentencias de 6 de noviembre de 2003 (caso Lindqvist, asunto C-101/01, apartado 25) y 13 de mayo de 2014 (caso Google Spain S.L contra Agencia Española de Protección de Datos, asunto C-131/12, párrafo 26, en lo sucesivo, STJUE del caso Google).

Aunque la STJUE del caso Google analizó la responsabilidad de los gestores de motores de búsqueda en Internet (tales como Google, Yahoo, Bing, etc.) por el tratamiento de datos personales en informaciones contenidas en páginas web cuyos vínculos aparecían en la lista de resultados de tales buscadores cuando los datos personales (en concreto el nombre y apellidos) eran utilizados como palabras clave para la búsqueda, ello no

significa que los editores de las páginas web no tengan la condición de responsables del tratamiento de esos datos personales, con los consiguientes deberes de respetar el principio de calidad de datos y atender el ejercicio de los derechos que la normativa de protección de datos otorga a los afectados, y la responsabilidad derivada de no respetar estas exigencias legales. Los editores de páginas web tienen la posibilidad de indicar a los motores de búsqueda en Internet que desean que una información determinada, publicada en su sitio, sea excluida total o parcialmente de los índices automáticos de los motores, mediante el uso de protocolos de exclusión como robot.txt , o de códigos como noindex o noarchive . Así lo recuerda la STJUE del caso Google en su párrafo 39.

3.- En consecuencia, Ediciones El País es responsable del tratamiento de los datos personales de las personas demandantes contenidos en la página web cuestionada, y como tal está sometido a todas las obligaciones que se derivan de la Constitución, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Convenio núm. 108 del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981, la Directiva 1995/46/CE, de 24 octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (en lo sucesivo, la Directiva), y la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo, LOPD), en la interpretación que de dichas normas han hecho tanto el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo como el TJUE y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, TEDH).

SEXTO.- Decisión de la Sala (II). El tratamiento de datos personales en las hemerotecas digitales y la libertad de información. Ponderación con los derechos de la personalidad con los que entra en conflicto.

1.- La recogida y el tratamiento automatizado de datos de carácter personal están regidos por los principios de adecuación, pertinencia, proporcionalidad y exactitud. Estos principios conforman lo que en la terminología de la normativa de protección de datos se denomina "calidad de los datos" (arts. 6 de la Directiva y 4 LOPD).

Los datos personales objeto de tratamiento automatizado han de ser exactos (art. 6.1.e de la Directiva y 4.3 LOPD), adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades para las que se hayan obtenido (art. 6.1.d de la Directiva y 4.1 LOPD).

2.-La exigencia de veracidad en los datos objeto de tratamiento no ha sido vulnerada por Ediciones El País. No son correctas las consideraciones que en las sentencias de instancia afirman lo contrario. Que la intervención de las personas demandantes en las actividades delictivas relacionadas con el tráfico de drogas o su dependencia de la droga hubieran sucedido en los años ochenta y que actualmente estas personas lleven una vida personal, familiar y profesional que pueda considerarse completamente normal y hayan superado su adicción a las drogas no supone que la publicación de esa información en la hemeroteca digital de El País sea inveraz y que también lo sea el tratamiento de sus datos personales que supone la posibilidad de indexación de las palabras relativas a tales datos y que permite la aparición de la noticia en un lugar destacado de las listas de resultados de los motores de búsqueda de Internet. La noticia resulta

accesible tal como fue publicada, con indicación de su fecha, con lo cual la exigencia de veracidad se cumple.

3.- El problema no es que el tratamiento de los datos personales sea inveraz, sino que pueda no ser adecuado a la finalidad con la que los datos personales fueron recogidos y tratados inicialmente. El factor tiempo tiene una importancia fundamental en esta cuestión, puesto que el tratamiento de los datos personales debe cumplir con los principios de calidad de datos no solo en el momento en que son recogidos e inicialmente tratados, sino durante todo el tiempo que se produce ese tratamiento. Un tratamiento que inicialmente pudo ser adecuado a la finalidad que lo justificaba puede devenir con el transcurso del tiempo inadecuado para esa finalidad, y el daño que cause en derechos de la personalidad como el honor y la intimidad, desproporcionado en relación al derecho que ampara el tratamiento de datos.

Un ejemplo claro de lo expuesto es que el tratamiento de datos personales en ficheros sobre solvencia patrimonial no puede tener por objeto datos adversos cuando tengan más de seis años de antigüedad (art. 29.4 LOPD). El tratamiento de los datos personales de un deudor moroso que inicialmente era lícito, deviene ilícito por ser obsoleto e inadecuado a la finalidad del tratamiento cuando transcurre un determinado tiempo, que en este caso es fijado con precisión por la normativa legal, pese a no ser inveraz.

4.-Es necesario por tanto realizar una ponderación entre los derechos y bienes jurídicos en juego para decidir si es lícito el tratamiento de los datos personales de las personas demandantes como consecuencia de la digitalización de la hemeroteca de El País.

La posición jurídica de Ediciones El País no viene determinada únicamente por su interés económico en la digitalización de su hemeroteca, a la vista de los ingresos económicos que obtiene con la publicidad "on line" que aparece en pantalla cuando se consultan las noticias de la hemeroteca. Como acertadamente alega esta sociedad en su recurso, el hecho de que se trate de una empresa de comunicación privada que tiene como objetivo la obtención de un beneficio económico, para lo que tiene una gran importancia la explotación publicitaria de su sitio web, no convierte su conducta en ilícita ni le priva de la protección derivada del ejercicio de las libertades de expresión y de información protegidas en los arts. 20 de la Constitución, 10 del Convenio Europeo para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, y 11 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

5.- El TEDH ha declarado que las hemerotecas digitales entran en el ámbito de protección del art. 10 del Convenio Europeo de los derechos y de las libertades fundamentales. En las sentencias de 10 de marzo de 2009 (caso Times Newpapers Ltd -núms. 1 y 2- contra Reino Unido, párrafo 45) y de 16 de julio de 2003 (caso Wegrzynowski y Smolczewski contra Polonia, párrafo 59), el TEDH ha afirmado que los archivos de Internet suponen una importante contribución para conservar y mantener noticias e información disponibles, pues constituyen una fuente importante para la educación y la investigación histórica, sobre todo porque son fácilmente accesibles al público y son generalmente gratuitos.

Ahora bien, la función que cumple la prensa en una sociedad democrática cuando informa sobre sucesos actuales y cuando ofrece al público sus hemerotecas es distinta y debe

tratarse de modo diferente. Así lo ha hecho el TEDH, que ha considerado que mientras que la actividad de los medios de comunicación cuando transmiten noticias de actualidad es la función principal de la prensa en una democracia (la de actuar como un "perro guardián", en palabras de ese tribunal), el mantenimiento y puesta a disposición del público de las hemerotecas digitales, con archivos que contienen noticias que ya se han publicado, ha de considerarse como una función secundaria, en la que el margen de apreciación de que disponen los Estados para lograr el equilibrio entre derechos es mayor puesto que el ejercicio de la libertad de información puede considerarse menos intenso.

Internet es una herramienta de información y de comunicación que se distingue particularmente de la prensa escrita, principalmente en cuanto a su capacidad para almacenar y difundir información. Esta red electrónica, que comunica a millones de usuarios por todo el mundo, no está y posiblemente nunca estará sometida a las mismas reglas ni al mismo control que la prensa escrita, pues hace posible que la información sea accesible a millones de usuarios durante un tiempo indefinido. El riesgo de provocar daños en el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades, particularmente el derecho al respeto de la vida privada, que representa el contenido y las comunicaciones en Internet, es sin duda mayor que el que supone la prensa escrita. Así lo ha entendido el TEDH en sus sentencias de 16 de julio de 2003, caso Wegrzynowski y Smolczewski contra Polonia, párrafo 58, y 5 de mayo de 2011, caso Equipo Editorial de Pravoye Delo y Shtekel contra Ucrania, párrafo 63.

6.- Por tanto, hay que ponderar el ejercicio de la libertad de información que supone la edición y puesta a disposición del público de hemerotecas digitales en Internet, que otorga un ámbito de protección menos intenso que la publicación de noticias de actualidad, y el respeto a los derechos de la personalidad, fundamentalmente el derecho a la intimidad personal y familiar pero también el derecho al honor cuando la información contenida en la hemeroteca digital afecta negativamente a la reputación del afectado.

Los elementos para realizar esta ponderación son el potencial ofensivo que para los derechos de la personalidad tenga la información publicada y el interés público que pueda suponer que esa información aparezca vinculada a los datos personales del afectado.

Este interés no puede confundirse con el gusto por el cotilleo o la maledicencia. Como ha dicho algún autor, lo relevante no es tanto el "interés del público" (si se considerara que es amplio el sector de la población que quiera conocer las miserias de sus conciudadanos, aun las sucedidas mucho tiempo antes), sino el "interés público", esto es, el interés en formarse una opinión fundada sobre asuntos con trascendencia para el funcionamiento de una sociedad democrática. Este interés puede justificar que, cuando se trata de personas de relevancia pública, una información sobre hechos que afectan a su privacidad o a su reputación, aun sucedidos mucho tiempo atrás, esté vinculada a sus datos personales en un tratamiento automatizado como el que suponen las consultas a través de motores de búsqueda en Internet que indexan los datos personales existentes en las hemerotecas digitales. Las relaciones sociales se basan en buena medida en la información que tenemos de los demás, y el capital moral con que cuenta cada persona depende, en

parte, del grado de confianza que inspire su trayectoria vital. Por eso, cuando concurra este interés en la información, está justificado que puedan ser objeto de tratamiento automatizado informaciones lesivas para la privacidad y la reputación, vinculadas a los datos personales, siempre que sean veraces, cuando se trata de personas de relevancia pública, aunque los hechos hayan sucedido hace mucho tiempo.

De ahí que la STJUE del caso Google, en su párrafo 97, afirme que los derechos al respeto a la vida privada y familiar y el derecho a la protección de datos de carácter personal «prevalecen, en principio, no sólo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en encontrar la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona. Sin embargo, tal no sería el caso si resultara, por razones concretas, como el papel desempeñado por el mencionado interesado en la vida pública, que la injerencia en sus derechos fundamentales está justificada por el interés preponderante de dicho público en tener, a raíz de esta inclusión, acceso a la información de que se trate».

A estos efectos, puede servirnos para conceptuar qué es un personaje público la Resolución 1165, de 1998, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre el derecho a la vida privada, cuando afirma que los personajes públicos son las personas que desempeñan un oficio público y/o utilizan recursos públicos, y, en un sentido más amplio, todos aquellos que desempeñan un papel en la vida pública, ya sea en la política, en la economía, en el arte, en la esfera social, en el deporte y en cualquier otro campo.

También puede considerarse justificado este tratamiento de datos personales cuando los hechos concernidos y su vinculación con esas concretas personas presenten un interés histórico.

7.- En este caso, las personas demandantes carecen de cualquier relevancia pública, y los hechos objeto de la información carecen de interés histórico en tanto que vinculados a esas personas.

Ciertamente, los sucesos delictivos son noticiables por su propia naturaleza, con independencia de la condición de sujeto privado de la persona o personas afectadas por la noticia (SSTC 178/1993, de 31 de mayo, FJ 4; 320/1994, de 28 de noviembre, FJ 5; 154/1999, de 14 de septiembre, FJ 4). En general, reviste interés público la información tanto sobre los resultados de las investigaciones policiales, el desarrollo del proceso y el contenido de la sentencia, como sobre todos aquellos datos, aun no directamente vinculados con el ejercicio del "ius puniendi" [facultad sancionadora] del Estado, « que permiten una mejor comprensión de su perfil humano o, más sencillamente, de su contexto vital » de la persona que participa en el hecho delictivo (STC 154/1999). Asimismo, esta Sala, en sus sentencias núm. 946/2008, de 24 de octubre, y 547/2011, de 20 de julio, ha considerado justificada la publicación de datos de identidad de los implicados en hechos delictivos.

Pero una vez publicada la noticia en los medios de prensa por el interés que supone su carácter actual, el tratamiento automatizado de los datos personales de los implicados en ella, vinculado a la información de manera que una consulta a través de los motores de búsqueda de Internet en la que se utilice como palabras clave esos datos

personales (particularmente el nombre y apellidos) arroje como resultados destacados los vínculos a las páginas de la hemeroteca digital en las que aparezca tal información, va perdiendo su justificación a medida que transcurre el tiempo si las personas concernidas carecen de relevancia pública y los hechos, vinculados a esas personas, carecen de interés histórico.

En el caso objeto del recurso, los hechos habían tenido lugar más de veinte años antes de que las personas demandantes hicieran uso frente a Ediciones El País de su derecho a la cancelación del tratamiento de sus datos personales, estas personas carecen de relevancia pública y su implicación en los hechos carece también de cualquier interés histórico.

La publicidad general y permanente de su implicación en aquellos hechos (posibilitada porque el tratamiento automatizado de sus datos personales realizado por Ediciones El País en su hemeroteca digital permitía su indexado y archivo en las bases de datos de los motores de búsqueda, al no usar el código robots.txt ni la instrucción noindex o noarchive, e incluso lo potenciaba al utilizar los datos personales en la cabecera del código fuente y al emplear las instrucciones index y follow) supuso un daño desproporcionado para el honor de las personas demandantes, al vincular sus datos personales con unos hechos que afectaban seriamente a su reputación, y para su intimidad, al hacer pública su drogodependencia en aquellas fechas, con tan solo introducir su nombre y apellidos en los motores de búsqueda de Internet utilizados con más frecuencia.

Ciertamente eran hechos veraces. Pero la licitud del tratamiento de los datos personales no exige solamente su veracidad y exactitud, sino también su adecuación, pertinencia y carácter no excesivo en relación con el ámbito y las finalidades para las que se haya realizado el tratamiento (art. 6.1.d de la Directiva y 4.1 LOPD). Y esos requisitos no concurren en un tratamiento de estos datos personales en que una consulta en un motor de búsqueda de Internet que utilice sus nombres y apellidos permita el acceso indiscriminado a la información más de veinte años después de sucedidos los hechos, y cause un daño desproporcionado a los afectados.

El tratamiento de esos datos personales pudo cumplir estos requisitos de calidad de los datos en las fechas cercanas al momento en que los hechos se produjeron y conocieron, pero el paso del tiempo ha supuesto que el tratamiento de estos datos vinculados a hechos pretéritos sea inadecuado, no pertinente y excesivo para la finalidad del tratamiento (en este sentido, STJUE del caso Google, párrafos 92 y 93).

No puede exigirse al editor de la página web que por su propia iniciativa depure estos datos, porque ello supondría un sacrificio desproporcionado para la libertad de información, a la vista de las múltiples variables que debería tomar en consideración y de la ingente cantidad de información objeto de procesamiento y tratamiento en las hemerotecas digitales. Pero sí puede exigírsele que dé una respuesta adecuada a los afectados que ejerciten sus derechos de cancelación y oposición al tratamiento de datos, y que cancele el tratamiento de sus datos personales cuando haya transcurrido un periodo de tiempo que haga inadecuado el tratamiento, por carecer las personas afectadas de relevancia pública, y no tener

interés histórico la vinculación de la información con sus datos personales.

8.- El llamado "derecho al olvido digital", que es una concreción en este campo de los derechos derivados de los requisitos de calidad del tratamiento de datos personales, no ampara que cada uno construya un pasado a su medida, obligando a los editores de páginas web o a los gestores de los motores de búsqueda a eliminar el tratamiento de sus datos personales cuando se asocian a hechos que no se consideran positivos.

Tampoco justifica que aquellos que se exponen a sí mismos públicamente puedan exigir que se construya un currículo a su gusto, controlando el discurso sobre sí mismos, eliminando de Internet las informaciones negativas, "posicionando" a su antojo los resultados de las búsquedas en Internet, de modo que los más favorables ocupen las primeras posiciones. De admitirse esta tesis, se perturbarían gravemente los mecanismos de información necesarios para que los ciudadanos adopten sus decisiones en la vida democrática de un país.

Pero dicho derecho sí ampara que el afectado, cuando no tenga la consideración de personaje público, pueda oponerse al tratamiento de sus datos personales que permita que una simple consulta en un buscador generalista de Internet, utilizando como palabras clave sus datos personales tales como el nombre y apellidos, haga permanentemente presentes y de conocimiento general informaciones gravemente dañosas para su honor o su intimidad sobre hechos ocurridos mucho tiempo atrás, de modo que se distorsione gravemente la percepción que los demás ciudadanos tengan de su persona, provocando un

efecto estigmatizador e impidiendo su plena inserción en la sociedad, inserción que se vería obstaculizada por el rechazo que determinadas informaciones pueden causar en sus conciudadanos.

9.- La consecuencia de lo expuesto es que la denegación por Ediciones El País de la cancelación del tratamiento de sus datos personales ante la solicitud hecha por las personas demandantes supuso una vulneración del derecho de protección de datos personales de las personas demandantes que trajo consigo la intromisión ilegítima en sus derechos al honor y a la intimidad. Tratándose de personas sin relevancia pública y careciendo de interés histórico que la información aparezca vinculada a dichas personas cuando se hace una búsqueda general en Internet utilizando como palabras clave sus nombres y apellidos, el daño es tan desproporcionado que no resulta amparado por el ejercicio de la libertad de información que supone la hemeroteca digital del diario (y el tratamiento en ella de datos personales que permita su indexación por los motores de búsqueda de Internet), que, como se ha dicho, tiene una importancia secundaria respecto de la publicación actual en el diario de las noticias que van sucediendo o que se van conociendo.

SÉPTIMO.- Decisión de la Sala (IIII). Consecuencias de la vulneración de tales derechos. Improcedencia de modificar la información tal como aparece en la hemeroteca y de excluir el tratamiento de datos en el buscador interno de la web del diario digital.

1.- La sentencia recurrida, al haber estimado plenamente la demanda, ha acordado, entre otros pronunciamientos, la adopción de medidas tecnológicas por Ediciones El País (como la utilización de códigos

robots.txt o instrucciones noindex, etc.) para que la página web de su hemeroteca digital en la que aparecía la información sobre las personas demandantes que las relacionaba con el tráfico de drogas y su dependencia de tales drogas, no pueda ser indexada por los proveedores de servicios de Internet.

Tal medida es correcta puesto que supone dar satisfacción al derecho de cancelación que la normativa de protección de datos da a los afectados por un tratamiento de datos personales que no reúna los requisitos de calidad establecidos en dicha normativa, y no afecta desproporcionadamente a la libertad de información que ampara las hemerotecas digitales en Internet. Dicha medida permite que esas informaciones gravemente perturbadoras para el honor y la intimidad de los afectados, sobre hechos ocurridos muchos años antes, no resulten vinculadas a sus datos personales en las listas de resultados de los buscadores de Internet tales como Google, Yahoo, Bing, etc., al no existir un interés público ni histórico en que tal vinculación esté a disposición del público general mediante las listas de resultados de estos buscadores.

2.- La estimación plena de la demanda hecha por la Audiencia Provincial supone la adopción de otras dos medidas: la eliminación de sus datos personales del código fuente de la página web que contiene la noticia, suprimiendo sus nombres y apellidos, no permitiendo siquiera que consten sus iniciales, y la adopción de medidas técnicas que eviten que la información pueda ser indexada por el propio buscador interno de www.elpais.com cuando se busque información utilizando el nombre y los apellidos de las personas demandantes.

3.- La primera de las medidas adoptadas supone un sacrificio desproporcionado, por excesivo, del derecho a la libertad de información. El llamado "derecho al olvido digital" no puede suponer una censura retrospectiva de las informaciones correctamente publicadas en su día.

Las hemerotecas digitales gozan de la protección de la libertad de información, al satisfacer un interés público en el acceso a la información. Por ello, las noticias pasadas no pueden ser objeto de cancelación o alteración. El TEDH ha considerado que la protección de las hemerotecas digitales por el artículo 10 del Convenio implica que las noticias pasadas contenidas en ellas, a pesar de que su contenido pueda afectar a los derechos de las personas, no pueden ser eliminadas. La libertad de expresión protege el interés legítimo del público en acceder a los archivos digitales de la prensa, de modo que «no corresponde a las autoridades judiciales participar en reescribir la historia» (STEDH de 16 de julio de 2013, caso Wergrzynowski y Smolczewski c. Polonia, párrafo 65, con cita de la anterior sentencia de 10 de marzo de 2009, caso Times Newpapers Ltd -núms. 1 y 2- contra Reino Unido). Por tanto, la integridad de los archivos digitales es un bien jurídico protegido por la libertad de expresión (en el sentido amplio del art. 10 del Convenio de Roma, que engloba la libertad de información), que excluye las medidas que alteren su contenido eliminando o borrando datos contenidos en ellos, como puede ser la eliminación de los nombres de las personas que aparecen en tales informaciones o su sustitución por las iniciales.

4.- Tampoco puede admitirse la condena consistente en la adopción de medidas técnicas que impidan la indexación de los datos personales a efectos de su consulta por el motor de búsqueda interna de la web. Estos motores de búsqueda

internos de las hemerotecas digitales solo sirven para localizar la información contenida en el propio sitio web una vez que el usuario ha accedido a dicho sitio web. No son por tanto asimilables a los motores de búsqueda de Internet tales como Google, Yahoo, Bing, etc.

La Sala considera que una medida como la acordada en la sentencia supone un sacrificio desproporcionado de la libertad de información protegida en el art. 20.1.d de la Constitución.

El riesgo para los derechos de la personalidad de las personas afectadas por la información guardada en la hemeroteca digital no radica tanto en que la información sea accesible a través del motor de búsqueda interno del sitio web en que se encuentra alojada, pues se trata de una búsqueda comparable a la que efectuaban quienes acudían a las viejas hemerotecas en papel, como en la multiplicación de la publicidad que generan los motores de búsqueda de Internet, y en la posibilidad de que mediante una simple consulta utilizando los datos personales, cualquier internauta pueda obtener un perfil completo de la persona afectada en el que aparezcan informaciones obsoletas sobre hechos ya remotos en la trayectoria vital del afectado, con un grave potencial dañoso para su honor y su intimidad, que tengan un efecto distorsionador de la percepción que de esta persona tengan los demás conciudadanos y le estigmatice. Es por eso que esa información debe resultar invisible para la audiencia general de los usuarios de los motores de búsqueda, pero no para la audiencia más activa en la búsqueda de información, que debe tener la posibilidad de acceder a las noticias en su integridad a través del sitio web de la hemeroteca digital.

Hay una enorme diferencia entre la búsqueda que quien desee tener información específica pueda realizar acudiendo a las diversas hemerotecas, que el perfil completo que cualquiera pueda obtener en un buscador de Internet con tan solo introducir el nombre de una persona en Internet. La supresión de la primera posibilidad (la búsqueda específica en el buscador de la hemeroteca digital) supone un daño desproporcionado para la libertad de información que ampara a las hemerotecas digitales.

5.- Cuando la persona afectada no tiene el carácter de personaje público y no existe un interés histórico en vincular la información a los datos personales de las personas implicadas, lo que permite el derecho al olvido digital, cuando los derechos de la personalidad del afectado entran en colisión con el derecho a la libertad de información que ampara a las hemerotecas digitales, es, en expresión utilizada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos (caso U.S. Department of Justice v. Reporters Committee [109 S.Ct. 1468 (1989)]), la "oscuridad práctica" que supone evitar que con una simple búsqueda en Internet pueda accederse al perfil completo de la persona concernida, incluyendo informaciones obsoletas y gravemente perjudiciales para su reputación y su vida privada. Pero no permite reescribir las noticias ni impedir de modo absoluto que en una búsqueda específica en la propia hemeroteca digital pueda obtenerse tal información vinculada a las personas en ella implicadas.

6.- La consecuencia de lo expuesto es que debe estimarse en parte el recurso de casación y revocar los pronunciamientos relativos a la supresión de los datos personales en el código fuente y del nombre, apellidos o incluso iniciales, y a la prohibición de indexar los datos

personales para su uso por el motor de búsqueda interno de la hemeroteca digital.

Procede mantener los pronunciamientos declarativos y los demás pronunciamientos de condena, bien entendido que cuando el fallo de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, asumido por la Audiencia Provincial, declara la ilicitud de la "difusión" de la noticia y condena a Ediciones El País a cesar en su "difusión", se está refiriendo exclusivamente al tratamiento de los datos personales incluidos en la noticia tal como se está haciendo en la hemeroteca digital, esto es, permitiendo su indexación por los motores de búsqueda de Internet.

Los demás pronunciamientos se mantienen, en concreto la obligación de Ediciones El País de instalar códigos o instrucciones en la página web que impidan la indexación y archivo de los datos personales de las personas demandantes en las bases de datos de los motores de búsqueda de Internet, la indemnización por los daños causados como consecuencia de la intromisión ilegítima en el honor y la intimidad por el tratamiento de los datos personales sin respetar las exigencias derivadas del principio de calidad de los datos, en lo relativo a su pertinencia, adecuación y proporción en relación a los fines para los que se hizo la recogida y el tratamiento de tales datos, y la prohibición de que en la publicación de cualquier noticia que se refiera a este proceso se incluyan datos que puedan identificar a las personas demandantes, como sus nombres, apellidos o iniciales."

En todo caso, el proceso implementado para dar cumplimiento a la Sentencia sobre el *derecho al olvido*, es ciertamente complejo.

En el caso de Google, para enviar una solicitud de eliminación hay que rellenar, primero, un formulario web a cuya recepción la entidad envía una respuesta automática que confirmaría la recepción. Seguidamente, el propio motor de búsqueda inicia un período de evaluación, sin plazo determinado, para examinar el caso concreto "*y ponderar los derechos de la persona a controlar sus datos personales con el derecho del público a conocer y distribuir información*".

Es decir, la propia compañía es quien valora y quien determina si los resultados incluyen información perjudicial u obsoleta de la vida de la persona (más concretamente sobre "la vida privada de la persona"), y si existe un interés público respecto de la información que ofrecen los resultados de búsqueda, como por ejemplo –señala la página web de Google-, si está relacionada con estafas financieras, con negligencia profesional, con condenas penales o con la conducta como funcionario público.

Tras el período de evaluación, la entidad adopta su decisión señalando, eso sí, que "*si no estás de acuerdo con nuestra decisión, puedes ponerte en contacto con la autoridad de protección de datos local*".

Evidentemente es un avance trascendente pero es significativo que la propia compañía señale que "*les preocupa su impacto*" [de la Resolución del TJUE contra los propios intereses de Google] aunque estima "*importante respetar la decisión del tribunal*".

Nosotros entendemos que no sólo debe parecerles importante respetar la decisión del Tribunal sino necesario, por obligado.

También es cierto que, en el caso de *Google*, facilita herramientas de privacidad y seguridad como, por ejemplo, el Panel de Control de Google o la Verificación y la Configuración de Anuncios, pero su uso no es tan fácil como a primera vista pudiera parecer y tampoco se asegura el control a voluntad del usuario. De hecho, los motores de búsqueda no pueden eliminar el contenido directamente de los sitios web, lo que negativamente implica que eliminando resultados de búsqueda de Google no se elimina el contenido de Internet. Para eliminarlo habría que ponerse en contacto con el *Webmaster* del sitio web en el que aparece el contenido y pedirle que lo modifique.

En fin, un protocolo inseguro e incierto y sólo apto para expertos en Internet.

Finalmente, no queremos terminar este apartado sin señalar, tal y como hemos dicho a su inicio, que nada impide relacionar *el derecho al olvido* con la divulgación de imágenes. En ese sentido, entendemos que este derecho digital en un sentido amplio debe incluir tanto los datos personales como cualquier contenido que un *internauta* hubiera podido insertar en cualquier tipo de formato y muy especialmente la reproducción de imágenes y fotografías pues nadie puede negar que el derecho a la propia imagen es uno de los más expuestos a vulneración precisamente en el ámbito digital.

4.- La nueva Ley de Seguridad Ciudadana

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, *de protección de la seguridad ciudadana,* también se ven afectados el derecho a la intimidad y a la propia imagen en lo que resulta ser una palpable contradicción con el propio contenido de la Ley, que señala, entre otros, en el apartado a) de su art. 3, que constituyen los fines de esta Ley y de la acción de los poderes públicos en su ámbito de aplicación:

a) La protección del libre ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas y los demás derechos reconocidos y amparados por el ordenamiento jurídico.

Efectivamente, señala su objetivo de proteger los derechos fundamentales –y los derechos de la personalidad que salvaguarda nuestra Carta Magna lo son-, mientras que las llamadas *medidas de seguridad* que contempla la propia Ley son claramente invasivas de algunos de esos derechos que dice defender pues impulsar la divulgación de datos personales so pretexto de mejorar la seguridad ciudadana en la llamada *sociedad de riesgo*, llegando a justificarse como legitimas ciertas intromisiones en la intimidad de las personas tales como la grabación de imágenes de ciudadanos en la calle para mantener el orden u ordenar a las entidades organizadoras de eventos, grabar el acceso a los mismos y su desarrollo por razones de seguridad[313], o la autorización de la vigilancia audiovisual del empresario sobre la actividad laboral de sus trabajadores, que es legitimada por mor del art. 22 de dicha Ley de seguridad ciudadana, no pueden tener otra calificación más que la de injerencias en los derechos que venimos tratando.

Evidentemente la Ley debe someterse a los límites impuestos por el Tribunal Supremo, que habla del grado de intimidad de las personas especificando determinados lugares en los que la captación de imágenes no estaría legitimada[314], pero nadie puede negar que la citada Ley Orgánica de 4/2015, de 30 de marzo, supone un caldo de cultivo de

[313] Ya el artículo 8 de la Ley 19/2007 *contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte* establece "*por razones de seguridad, las personas organizadoras de las competiciones y espectáculos deportivos que determine la Comisión Estatal contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el Deporte deberán instalar circuitos cerrados de televisión para grabar el acceso y el aforo completo del recinto deportivo, inclusive los aledaños en que puedan producirse aglomeraciones de público. Además, adoptarán las medidas necesarias para garantizar su buen estado de conservación y correcto funcionamiento".* Y precisamente la ley de protección de seguridad ciudadana, aprobado en julio de 2014, castiga de 601 a 30000 euros la perturbación de seguridad ciudadana en actos públicos, espectáculos deportivos o culturales, solemnidades y oficios religiosos u otros a las que asistan numerosas personas, cuando no sean constitutivas de infracción penal.

[314] STS núm. 937/1998, de 7 de julio

injerencias en los derechos a la intimidad y a la propia imagen y sobre todo de conflictos de resultado incierto y que sólo el tiempo, más bien la jurisprudencia, nos dará su verdadera trascendencia; como habrá de darla también respecto de algunos de los términos que emplea, tales como *tranquilidad ciudadana*, *alarma social* o *pacífica convivencia*, jurídicamente indeterminados y que sin duda serán también objeto de debate jurisprudencial.

VII.- CONCLUSIONES

1.- Introducción

Decíamos al iniciar este trabajo que nuestro objetivo era analizar la configuración y el reconocimiento actual del derecho a la propia imagen a través de la jurisprudencia –lo que nos ha obligado a realizar un análisis casuístico creemos que bastante profuso-, y señalábamos como algunos de los principales problemas el proceso de la llamada globalización, la configuración expansiva de Internet como vía de divulgación de información, imágenes y fotografías, así como el avance de la técnica, que ha convertido a todas las personas en posibles captadores y divulgadores de contenidos[315]; y junto a todo ello, la inseguridad jurídica que proporciona una regulación obsoleta como la ahora vigente y la aplicación de criterios de preferencia que llevan a conceder prevalencia de unos derechos sobre otros; cosa que desde nuestro punto de vista no se corresponde con las exigencias sociales, históricas y culturales del momento presente.

Efectivamente, nuestra sociedad actual es cambiante: lo que para unos es un flagrante ataque al derecho a la propia imagen, a la dignidad de la persona o al honor, para otros es el puro ejercicio de los derechos a la libertad de expresión o de información. Y en este debate, como en otros, ni hay soluciones mágicas ni tampoco existe una Ley tan objetiva que nos pueda orientar sobre el límite entre los derechos a la libre expresión o a la libertad de información y la intromisión en el derecho al honor, la intimidad o la propia imagen de las personas.

El conflicto, por tanto, es inevitable.

[315] Es lo que Jeremy Rifkin llama "prosumidores" cuando habla de los niños de la sociedad de dentro de unos años, que utilizarán impresoras 3D y producirán y consumirán sus propias cosas, poniendo en peligro las viejas industrias. Las casas estarán conectadas –dice Rifkin-, a redes y sensores, y habrá 100.000 millones de sensores en 2.020 conectados en lo que se llamará "el Internet de las cosas". Ver RIFKIN, Jeremy, *La sociedad de coste marginal cero*. Colección Estado y sociedad, ed. Paidos, Barcelona, 2014. Traductor: Genís Sánchez Barberán.

En ese sentido venimos hablando de derechos constitucionales y nos hemos preguntado sobre la posible prevalencia de unos derechos sobre otros pero no hemos encontrado una respuesta pacífica pues lo que se nos ofrece tanto legal como doctrinal o jurisprudencialmente no resulta determinante ya que depende de muchos factores: del objeto de litigio, de las personas vinculadas, del contexto, las creencias y valores de la sociedad, del momento social y cultural, etc... Y esta diversidad de criterios hace que existan muchas Sentencias contradictorias.

Es lo que Zagresbelsky denomina "*conflicto trágico*", que en muchas ocasiones pone en serio peligro la posibilidad de una ponderación racional y objetiva por el planteamiento de un "*angustioso dilema*"[316], que va a provocar la necesidad de buscar respuestas entre múltiples reglas, normas, leyes, principios…para que el Juzgador pueda aplicar en un momento dado aquello que entienda preponderante y decidir *mediante un ejercicio de razonabilidad no exento de discrecionalidad, cuándo procede dicha aplicación*[317]. Y desde luego, hay demasiadas cuestiones en manos de la interpretación judicial, cosa que –desde nuestro punto de vista-, provoca una inseguridad jurídica notoria.

De hecho ¿Por dónde va nuestro Tribunal Constitucional?.

Pues ciertamente ha ido cambiando. En la pugna entre los derechos del art. 18 CE y las libertades del art. 20 CE empezó reconociendo una superior categoría al derecho al honor, intimidad y propia imagen pero luego pasó a lo opuesto, viniendo a conceder mejor naturaleza a los derechos del art. 20.1 Ce.

[316] GUSTAVO ZAGREBLESKY. *El Derecho Dúctil. Ley, derechos y Justicia.* Trotta, Barcelona 1999. pág. 140. Sobre el caso de una adopción ilegal de una niña en Italia donde había que ponderar entre la efectiva ilegalidad de la situación y los fuertes lazos afectivos que ya se habían creado entre la familia y la niña por el mero transcurso del tiempo, ofreciendo el ordenamiento jurídico italiano alternativas contrapuestas.

[317] PRIETO SANCHÍS, Luis. *Cuadernos "Bartolomé de las Casas", nº 7. Ley, principios derechos*. Dykinson 1998. pág. 62

En ese sentido, nuestro Tribunal Constitucional hoy proclama que han de prevalecer los derechos a la libre expresión e información (porque ayudan a conformar la opinión pública) pero siempre que su ejercicio se produzca de manera equilibrada.

Evidentemente, el ejercicio de unos y otros derechos debe producirse siempre de manera equilibrada y ello no implica que los derechos a la libertad de expresión o información deban confrontarse en todo momento con los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen), ni viceversa, pues todos ellos son derechos fundamentales. Los primeros, ayudan a conformar una sociedad libre; los segundos, ayudan a conformar a la persona y son expresión de su libertad y dignidad. Por ello, estos últimos también son básicos en una sociedad madura.

Por tanto, quizás no debiéramos hablar, por ejemplo, de derecho a la información como límite a los derechos a la intimidad o propia imagen pues el límite entre unos y otros lo debiera constituir la propia Carta Magna.

Pero es evidente que en esta sociedad global, con creciente influencia de los medios de comunicación, los abusos son cada vez más frecuentes, tanto como lo son las intromisiones en los derechos de la personalidad. Y frente a tan abundantes injerencias surgen intentos no menos abundantes en defender con ahínco el ámbito privado que cada persona quiere guardar para sí misma.

Esa creciente preocupación está provocando la necesidad patente de proteger de forma clara y eficaz los derechos de la persona recogidos en el art. 18.1 de nuestra Constitución.

Tal sensibilización, que no es sólo de nuestro país, se ha traducido en el reconocimiento expreso en Constituciones, Tratados, Convenios y

leyes específicas, del supremo valor de la vida privada de las personas, su intimidad, su honor y, cómo no, su derecho a la propia imagen. Esfuerzo que en el ámbito doctrinal, legislativo y jurisprudencial, se ha plasmado en la tipificación cada vez más amplia y eficaz de los ataques a tales derechos de la personalidad.

Pero aún hay desprotección y carencias en las garantías porque parece que, cada vez con más frecuencia, nuestra Carta Magna se interpreta según se ajuste a la Ley y no al revés. Estamos pasando, pues, de examinar las leyes a la luz de la Constitución a interpretar la Constitución a la luz de las leyes.

La misión del legislador debe centrarse en ofrecer una regulación caracterizada por el máximo respeto a los derechos consagrados por la LO 1/82 y la de los jueces velar por el cumplimiento de la Ley. Y si, como decíamos al principio, el derecho regula las relaciones humanas y en su consecuencia afecta directamente a los seres humanos, parece obvio que, tanto en la elaboración como en la aplicación o interpretación de la norma jurídica, se deba proteger siempre la dignidad de la persona. Obviamente, sin obstaculizar el ejercicio de las libertades del art. 20 CE pero sin que estas, desde luego, supongan un límite injustificado a los derechos del art. 18.1 CE.

El legislador debe propiciar la coexistencia de unos y otros derechos: por un lado, el derecho a mantener aisladas determinadas parcelas de nuestra personalidad; por otro, el de los miembros de una sociedad a conocer todo aquello que pueda suponerles un interés legítimo o les pueda afectar, *que son los asuntos que cobran importancia en la vida colectiva y que, por lo mismo, condiciona la participación de todos en el buen funcionamiento del sistema de relaciones democráticas auspiciado por la Constitución*[318].

[318] OSORIO ITURMENDI, L. *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (coordinados por Jiménez-Blanco A., con Jiménez-Blanco G. y Mayor Menéndez P.). Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid 1995, pág 167

En la década de los 80 probablemente el tránsito de una dictadura a un sistema plenamente democrático justificaba la protección del derecho a la información con un carácter prevalerte, pero hoy día, con una democracia asentada y un régimen pleno de libertades no es necesario interpretar el derecho a la información como base exclusiva del sistema para educar y formar la conciencia democrática de la sociedad, que ya está capazmente formada, y mucho menos para dejar en descuido el amparo de derechos tales como el de la propia imagen, tan constitucional como aquél.

En tal sentido, desde mi punto de vista hay que adecuar nuestra legislación a la actual realidad social, definiendo con más claridad los ámbitos de aplicación del derecho, determinando con mayor precisión los parámetros que nos hagan diferenciar con mayor exactitud qué es intromisión indebida y qué es información o qué es interés público y qué interés privado o qué ámbito de la personalidad puede y debe ser conocido y cuál debe ser salvaguardado a toda costa. Y sobre todo, evitar una regulación e interpretación excesivamente permisiva del derecho a la información o a la libertad de expresión de modo tal que resultare prácticamente imposible proteger parcelas de la personalidad cuando no fuere admisible interés serio alguno y donde no estuviera en juego ni el sistema democrático ni la conciencia democrática de la sociedad.

El honor, la intimidad y la propia imagen pertenecen a la persona y es la persona quien vive y crea la sociedad de tal modo que la sociedad será democrática sólo si sus miembros los son. Los derechos de la persona son anteriores a los derechos del grupo y si decimos que la sociedad es fiel reflejo de los miembros que la componen hemos de concluir que la defensa de los derechos de la personalidad no serán algo distinto de la defensa de los derechos de la sociedad. Por tanto, el derecho a la imagen tiene también trascendencia pública, no sólo porque afecta al propio individuo sino porque, como dijimos al inicio de este trabajo, la sociedad no está exenta de la influencia de la imagen en

todos y cada uno de sus ámbitos: cultural, social, político, económico, etc…

Es verdad que la imagen de una persona es sólo suya porque sólo a ella representa: lleva sus facciones, sus gestos, sus rasgos; pero el tratamiento de la imagen definitivamente va afectar a todos. Y cuando uno mismo es responsable de su captación, será uno mismo quien decida transmitirla o no transmitirla, a quién sí y a quién no, si modificarla o no, o incluso destruirla. Si uno mismo guía la cámara es ese uno quien decide el enfoque, el ángulo, la orientación, el momento, a qué parte la da más relevancia. Es decir, es la propia persona la que decide cómo presentarse y con qué fin. Tu imagen eres tú y tú eres su dueño. Pero cuando alguien capta tu imagen sin tu consentimiento, aunque tu rostro sea el tuyo, tus facciones sean las tuyas y tú sigas siendo el dueño de tu imagen, ya no tienes el control de la misma y ese tercero -u otro a quién éste la transmita-, puede ser quien decida por ti cuándo y cómo la transmite o si la transmite o no. Y sobre un sujeto ajeno, tú, ese tercero va a poder decidir el ángulo, el enfoque o el momento en que te va a exponer; esto es, va a poder presentar al público tu imagen tal y como estime oportuno, con un propósito determinado o sin él, pero con trascendencia, y lo que es peor, lo va a poder hacer con tu consentimiento o sin él.

En definitiva, tú seguirás siendo el dueño de tu imagen –porque es tu representación-, pero ya no tendrás el control.

También es cierto que hay determinados medios de comunicación que disponen de un Código deontológico o unas pautas de conducta sustentadas en criterios éticos pero también es verdad que en muchos casos esas normas de conducta se quedan sólo en la forma: redacción, signos de puntuación, mayúsculas o minúsculas…. Y al final, lo que prima en muchos casos es la prisa por publicar la exclusiva y el montante del beneficio a percibir y no tanto el tratamiento interno de lo

divulgado. No en vano, un Código de conducta nunca es obligatorio y su cumplimiento es, por tanto, absolutamente voluntario por lo que su efectividad está supeditada a la voluntad, al número de entidades firmantes y, por supuesto, a los mecanismos que los propios códigos recojan[319].

Por otro lado, ese control ajeno del que venimos hablando, añadido al nuevo entorno mediático, y, sobre todo, al actual papel del sujeto receptor como *productor de contenidos* -hablamos del individuo particular, mayor o menor de edad, con formación o sin ella, que puede hacer una foto de alguien y subirla a una red-, hace que en cualquier momento, en cualquier lugar y por la acción u omisión cualquier persona, podamos ver vulnerados nuestros derechos.

Cualquier sujeto hoy es un medio de comunicación. Incluso hay programas televisivos que en abierto y en directo llaman a los particulares a que remitan fotografías o información que pudieran tener de personajes más o menos famosos, en lo que, sin duda supone una llamada a que todos nos convirtamos, como decimos, en *productores de contenidos*.

Esto implica que estamos en un momento radicalmente distinto a aquel en el que hasta hace poco tiempo nos desenvolvíamos. Un momento en el que se ha producido una metamorfosis radical de la comunicación, con todo lo ello conlleva: ya no sólo se vulneran o pueden vulnerar los derechos de los personajes públicos o de relevancia, hoy podemos ser todos víctimas. Y cualquiera puede ser el infractor.

[319] Los Códigos de Conducta o autorregulación no siempre contienen disposiciones conformes con la legislación aplicable. Algunos sistemas de autorregulación son*: "sistema de regulación integral para la publicidad y el comercio electrónico: Confianza Online; "Marca AENOR de buenas prácticas comerciales para el comercio electrónico";" Convenio de autorregulación para evitar el correo no solicitado y generar confianza a los usuarios de Internet";" Código de buenas prácticas para la divulgación de información financiera por Internet"*, y otros.

En mi opinión, es pues imprescindible afrontar desde estas premisas cualquier reflexión sobre el derecho a la imagen pues hoy nos encontramos con una dificultad insalvable: no hay medios ni mecanismos suficientes para atajar la inmensa posibilidad infractora que se nos presenta a cada instante.

Las herramientas actuales no nos sirven. El andamiaje normativo del que partíamos y que hasta ahora era nuestro soporte, se tambalea. Por ello, si queremos evitar su derrumbe debemos reforzar el actual o construir uno nuevo. Si de verdad queremos defender una sociedad libre y democrática hemos de responder a las necesidades y problemas de hoy.

Es verdad que ahora también se han puesto en práctica nuevos y trascendentes valores pero a veces esa puesta en práctica implica la aparición de efectos no deseables, por ello la meta sería estructurar unos y otros de modo que el conjunto se transformara en un sistema eficiente, es decir, un sistema que resolviera o, al menos, paliara el conflicto. Un sistema para una sociedad en progreso, que no olvidemos, está directamente relacionado con la libertad del ser humano y que, en su ejercicio racional, hace que el mundo cambie y prospere.

Por ello, la libertad del hombre es uno de los principios más esenciales que el derecho debe respetar pues sin libertad no se puede alcanzar una sociedad más justa y más perfecta.

Pero también hay un valor esencial en derecho sin el cual tampoco se pude lograr una sociedad más justa ni más igualitaria, que es la dignidad del ser humano, *fuente de las legislaciones sobre derechos humanos y meta a la que debe aspirar todo sistema jurídico*[320]. Dignidad, que *es un mínimo invulnerable que constituye el*

[320] LACALLE NORIEGA, María. *La persona como sujeto de derecho*. Edit. Dikynson S.L. Madrid 2013. Pág. 41.

punto de arranque para la existencia y especificación de los derechos fundamentales (STC 53/85 o 57/94) y que significa valor de la persona, independientemente de cualquier circunstancia interna o externa del propio ser; es decir, con independencia de una conducta buena o mala, positiva o negativa, y con independencia de circunstancias de ideología, nacionalidad, clase social, sexo…

El hombre por ser hombre es digno, y todos los seres humanos, por ser dignos, tienen derecho a ser reconocidos, a ser individualizados, a ser ellos mismos; es decir, tienen derecho a no encontrar obstáculos en su realización personal. Por ello, la consideración de la dignidad de la persona exige el reconocimiento de una esfera de libertad individual en el orden jurídico y social. Y desde la íntima ligazón que existe entre libertad y dignidad y sobre el fundamento de ambos valores, podemos sostener que el ser humano es libre precisamente porque está revestido de dignidad.

De hecho, si como hemos señalado, la dignidad es un valor inherente de la persona –con independencia de sus circunstancias-, podemos concluir incontestablemente que el hombre es digno con o sin libertad.

Ello significa que la dignidad es anterior a la libertad y ésta no es más que una consecuencia de aquélla. No en vano, nuestra Carta Magna manifiesta en su preámbulo su voluntad de proteger a los españoles en el ejercicio de los derechos humanos, promover el progreso de la cultura y construir una sociedad democrática avanzada, introduciendo para ello en su art. 10, como base del orden político, la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, reconociendo en su art. 15 el derecho a la integridad física y moral, es decir, el derecho al reconocimiento de la propia dignidad, que a su vez impone el respeto a los demás. Derecho que para la mayoría de los autores se concreta en el art. 18 de la Constitución que, como ya sabemos, garantiza el

derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, y que ha sido desarrollado por la, para nosotros, obsoleta Ley Orgánica 1/1982, columna vertebral de este trabajo.

Por tanto, cuando hablamos de libertad hablamos de derechos humanos pero cuando hablamos de dignidad, también. Y cuando nos referimos al derecho al honor, intimidad y propia imagen, hablamos, sin lugar a dudas, de derechos constitucionales. Es más, la imagen participa de la dignidad de la persona y ahí es donde radica fundamentalmente el carácter valioso de la imagen y, por supuesto, de ahí también se deriva la exigencia de su adecuada protección. El hecho de que esté en juego la dignidad personal es la razón primera de la existencia de tal protección y el principio que informa sus condiciones y modos de actuación"[321]. En definitiva, los derechos de la personalidad son la expresión de la dignidad humana porque representan a la propia persona, y ello supone el derecho a no ser humillado y atacado y a no sufrir menoscabos y, desde luego, a no soportar injerencias de ninguna clase[322].

Por ello, no entendemos por qué cuando aparece un conflicto entre estos derechos de la personalidad y los derechos a la libertad de expresión e información –cosa que se da con relativa frecuencia-, al acudir nuestros Tribunales a la técnica de la ponderación vienen aplicando en la actualidad el criterio de dar preferencia a las libertades de información y expresión so pretexto de ser estos derechos el motor integrador de una sociedad plural y democrática -que ciertamente lo son-, pues no debemos olvidar que el derecho a la información y la libertad de expresión son derechos en igualdad de plano a los derechos de la personalidad.

[321] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *El Derecho a la Propia Imagen como Derecho Fundamental Implícito. Fundamentación y Caracterización*, Revista Ius et Praxis, 2007, pág 25.
[322] PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, ed. Tecnos, Madrid, 2003, 8ª edición, pág. 317-318

Unos y otros, como decimos, son derechos constitucionales no jerarquizados y, en la situación actual no entendemos esa preferencia.

Por todo ello, lo primero que proponemos es un cambio de criterio sobre preferencia de valores, y lo segundo, un cambio en la regulación de los derechos de la personalidad -de manera especial en lo que respecta al derecho a la propia imagen-, tanto en el ámbito de los llamados *medios convencionales* como en los que conocemos como *medios virtuales*.

2.- Cambio de criterio sobre preferencia de valores

Nuestra Constitución es, como bien sabemos, de 1978 y la Ley Orgánica de protección del derecho al honor, la intimidad y propia imagen, de 1982, momentos no exentos de convulsiones en los que nuestro sistema democrático todavía estaba forjándose, pero hoy vivimos en un Estado de Derecho asentado en bases sólidas, formando parte de una sociedad plural y democrática, cuyos valores es verdad que deben reforzarse día a día a fin de mantenerlos consistentes para las generaciones venideras pero pocos pueden poner en duda que, afortunadamente, vivimos en una democracia consolidada.

Nuestra sociedad es tan democrática como lo son nuestras Instituciones. Nuestros medios de comunicación actúan en libertad y pluralidad, y con independencia de visiones más o menos catastrofistas o sesgadas ideológicamente, nadie puede negar que, objetivamente, vivimos en un Estado de Derecho plenamente democrático.

Es comprensible que a principios de la década de los años 80 para nuestros Tribunales –también para nuestros legisladores-, fuera prioritario coadyuvar a conformar y robustecer nuestro entonces naciente sistema democrático emanando una jurisprudencia con esa visión dominante

pero, desde nuestro punto de vista, esa preferencia entonces inexcusable hoy ya no tiene tanto sentido prioritario.

La España de hoy no es la España de 1978 ni la de 1982, los problemas de entonces no son los de ahora, las convulsiones sociales y económicas que tanto afectaban entonces al sistema tampoco son iguales a las actuales y los criterios que regían nuestro orden legislativo no son ni pueden ser los mismos que los de hoy. Por ello sostenemos que para dirimir los conflictos entre normas no pueden emplearse los mismos criterios de hace casi 40 años.

De hecho, el propio Tribunal Constitucional admite que los derechos del art. 18.1 CE *son realidades intangibles cuya extensión viene determinada en cada sociedad y en cada momento histórico, cuyo núcleo esencial en sociedades pluralistas ideológicamente heterogéneas deben determinar los órganos del Poder Judicial* (STC 171/1990, de 12 de noviembre). Es decir, ante un conflicto de derechos la determinación de preferencia pasaría por analizar los criterios y valores de la propia comunidad *en ese momento dado* (SSTC 196/2004, de 15 de noviembre, 218/2002, de 25 de noviembre….).

Ello significa que, en la pugna entre las libertades del art. 20 Ce y los derechos del art. 18, el criterio de ponderación no tiene por qué inspirarse en un casi automático carácter preferente de aquéllas. Es más, aunque sólo fuera a efectos dialécticos, si hoy día hubiera que aplicar un criterio de preferencia este debiera serlo –desde nuestro punto de vista-, a favor de los derechos del art. 18 de nuestra Carta Magna que son, en definitiva, la concreción de los derechos del art. 15 CE y que implican a su vez el reconocimiento de la propia dignidad del ser humano; y pocos dudan que los graves conflictos y los grandes retos que hoy brotan en nuestro sociedad vienen de la mano de un permanente ataque a la dignidad del hombre: la violencia de género, la vulneración de los derechos de los trabajadores, la explotación sexual de la mujer, la explotación de los menores, el trato al inmigrante como simple mercancía,

las barreras y muros separadores entre territorios –físicos y psíquicos-, la exclusión social por razón de raza, lugar de procedencia, etc… etc… son sólo un ejemplo de esa permanente infracción.

Por tanto, si hoy debieran consolidarse o reforzarse con carácter prioritario determinados principios o valores estos serían, a nuestro entender, todos los relacionados con la dignidad de la persona pues de poco sirve vivir en la sociedad de la información, libre y plural, si antes no se reconoce plenamente la dignidad del ser humano.

Es obvio que estamos viviendo una época de imponentes transformaciones de la actividad periodística e informativa y del mundo de la comunicación en general, pero también un momento de fenómenos degenerativos en ese entorno como consecuencia de tratar la libertad del ser humano como algo distinto y ajeno a su propia dignidad. Craso error. Una doctrina jurisprudencial sustentada sobre el valor preferente de una opinión libre y una información plural queda vacía si antes no se conforma una sociedad de libres e iguales, una sociedad donde no exista discriminación por razón de edad, sexo, origen, religión….

En definitiva, de poco vale una sociedad donde unos opinan e informan libremente y otros no pueden siquiera adquirir un periódico donde conocer, al menos, qué opinan los demás.

¿No es pues llegado el momento de cambiar las preferencias?.

Desde nuestro punto de vista esta transformación que pedimos es más necesaria que nunca. Nuestra jurisprudencia no puede dar carácter preferente ni prevalente a unos derechos y libertades constitucionales sobre otros de igual valor, y mucho menos sobre la base de una premisa que, para nosotros, ha quedado un tanto obsoleta. Ya no debiera ser prioritario, o al menos en este momento no debiera serlo, educar “para” la democracia sino educar “en” democracia y esto sólo se conseguirá si los miembros que conforman la sociedad son tratados como libres e iguales, como personas dotadas de la misma dignidad. Una sociedad sólo será

respetada si primero sabe respetar a las personas que la componen; respetarlas en esa singularidad y particularidad que a cada uno nos hace diferentes, pero iguales en valor como seres humanos y en igualdad de trato para posibilitarles alcanzar su realización personal.

Como ya dijimos antes, la inclusión del derecho a la propia imagen dentro de la nómina de derechos fundamentales singularmente protegidos por nuestra Carta Magna está intrínseca e íntimamente vinculada a la garantía de la dignidad personal pues más allá de asegurar la individualidad se trata de garantizar al ser humano un trato que no se oponga a su condición de ser racional igual y libre, *capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, una capacidad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida* (STC 23/2010, de 27 de abril)[323].

Indudablemente, los derechos del art. 18.1 CE son derechos vinculados a la idea de "dignidad humana" (STC 127/2003, de 30 de junio; 81/2001, de 26 de marzo; 14/2003, de 30 de enero….) y al "libre desarrollo de la personalidad" (STC 16/2004, de 23 de febrero, 219/1992…). Y si la dignidad es, pues, un mínimo invulnerable y supone el punto de inicio para la concreción de los derechos fundamentales –no lo decimos nosotros, lo dice el Tribunal Constitucional-, habrá que proteger sobre todo los derechos del art. 18 de nuestra Carta Magna, que son los que proporcionan el reconocimiento de la dignidad del ser humano y que son, precisamente, los consagrados por la LO 1/82.

Piénsese, por ejemplo, que en Alemania viene a considerarse el concepto de dignidad como valor fundamental de su sistema constitucional, *cuyo carácter intangible le hace prevalecer además sobre los demás, de forma que, en alguna medida, quedaría exento de ponderación en caso de conflicto*.[324]

[323] Ver también STC 192/2003, de 27 de octubre
[324] DIAZ REVORIO, Francisco J., *Los Derechos Humanos ante los nuevos avances…opus cit.*, pág. 79

Por tanto, cuando exista pugna entre las libertades del art. 20 Ce y los derechos del art. 18, deberán ponderarse los distintos intereses enfrentados y si en el caso concreto, atendidas las circunstancias, no se determina prevalencia específica de derecho, el criterio de preferencia, según nuestro criterio, debiera estar en este concreto momento histórico del lado de los derechos de la personalidad pues con la protección constitucional de los mismos *se preserva el valor fundamental de la dignidad humana* (STC 14/2003, de 28 de enero).

Sin embargo muy frecuentemente las libertades del art. 20 Ce son tratadas como derechos absolutos e ilimitados. Baste como ejemplo la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobada recientemente por la Comisión de Justicia (junio 2015), sobre la conocida popularmente como "*pena de telediario*" (transmisión de imágenes de detenidos en momentos de especial vulnerabilidad -tales como los traslados en vehículo policial, esposados, acompañados o vigilados por agentes, etc…-, que resultan ser una losa emocional por lo que conllevan de condena pública antes de juicio), cuya previsión legal obligaba a asegurar el respeto de los derechos constitucionales de los detenidos y concretamente a proteger su imagen, su honor y la intimidad de los mismos en esos momentos de especial trascendencia personal. Pero como dicha previsión (que no concretaba qué medidas debían adoptarse), levantó tremendas críticas en las agrupaciones de periodistas, finalmente se le ha dado nueva redacción -pactada con asociaciones de periodistas y editores-, que incluye una mención expresa al derecho a la información e introduce modificaciones *en pos de garantizar el derecho a la información* –como si el respeto a los derechos constitucionales de los detenidos fuera un obstáculo al derecho a la información-, resultando que finalmente en ningún supuesto se prohibirá la grabación y difusión de imágenes de los arrestados.

Es decir, una vez más en la pugna entre derechos constitucionales vuelve a primar la libertad de información como si, también por Ley, ésta hubiera de ser preferente sobre los derechos de la personalidad.

¿No bastaría, en caso de conflicto, aplicar el criterio de la ponderación sin tener predeterminada prevalencia alguna cuando se trata de derechos constitucionales del mismo rango?.

No entendemos esa necesidad de optar siempre por sacrificar el derecho a la imagen en aras a proteger el interés público a la información pues en muchas ocasiones la libertad de información es perfectamente compatible con el respeto al derecho a la propia imagen sin necesidad de mermar éste. Es decir, no siempre hay conflicto.

Así, recordamos el caso antes tratado del desalojo de viviendas para cuya información se acompañaba un fotografía en primer plano de una de los agentes policiales actuantes, que en nada hubiera mermado o limitado el derecho si el rostro de la agente se hubiera ocultado o pixelado; o el caso de la noticia sobre un ahogado, que pretendía prevenir de los riesgos de determinadas zonas de baño y que acompañaba una fotografía del fallecido con su rostro plenamente identificable, en cuyo supuesto tampoco hubiera mermado el derecho a la información si el rostro hubiera sido ocultado.

En definitiva, cuando exista conflicto entre las libertades del art. 20 CE y los derechos del art. 18 CE, si las circunstancias no permiten determinar prevalencia entre los diferentes intereses enfrentados, el criterio de preferencia debe estar –desde nuestro punto de vista-, del lado de los derechos del art. 18 CE; y afirmamos rotundamente que cualquier acto de defensa de los derechos de la personalidad no es un ataque contra el derecho a la información ni contra la libertad de expresión, que no son ni pueden ser derechos ilimitados ni absolutos ni pueden constituir valor preferente alguno frente a otros derechos tan constitucionales como ellos. Esta es nuestra visión.

3.- Concreción de criterios generales

En todo caso, como el art. 9.3 CE proscribe la arbitrariedad creemos que debieran establecerse unos criterios o juicios generales cuando se trate discernir entre el derecho a la propia imagen y los derechos del art. 20 CE; criterios que para nosotros serían:

3.1.- valoración adecuada de la persona.

Evidentemente, en ningún caso podrá considerarse en igualdad de condiciones la vulneración de los derechos de la personalidad en un sujeto con relevancia pública a otro sin ella -y mucho menos si se tratara de un menor de edad-, pero ello no significa que las personas públicas o de relevancia se vean privadas de derechos ya que nuestra Constitución no lo legitima.

Es verdad que nuestra jurisprudencia admite que estas personas *deban soportar un cierto mayor riesgo de lesión en sus derechos de la personalidad que las personas privadas*[325] pero que exista mayor riesgo (es evidente que lo tienen) no implica que deba conllevar mayor tolerancia en la injerencia.

En ese sentido, tanto el Tribunal Supremo como el Constitucional tienen declarado que un personaje público es a todos los efectos un particular como otro cualquiera, que podrá hacer valer su derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen frente a las opiniones, críticas o informaciones lesivas *si lo transmitido resulta innecesario para la información y o si la crítica relacionada con el desempeño del cargo público también*[326].

Por lo tanto, en el examen de la persona lo preferente no es analizar si es pública o privada o si tiene o no notoriedad o proyección social, que habrá que valorar también, sino si lo divulgado –en nuestro

[325] SSTC 15/1993, de 18 de enero y 148/2000, de 27 de junio, entre muchas otras
[326] STC 134/1999, de 15 de julio, que cita muchas otras

caso, la imagen-, tiene interés general y, sobre todo, si se hace o no necesario que el sujeto aparezca recognoscible, y tras esa valoración conjunta (persona/información de interés) determinar la preferencia.

3.2.- concreción de la libertad que se ejerce.

Es decir, determinar la libertad concreta que se está ejerciendo, comprobando si realmente se está defendiendo el honor, la intimidad o la propia imagen u otros intereses personales y, obviamente, si es cierto que se está ejerciendo la libertad de información; esto es, si se están comunicando hechos realmente noticiables.

Ello significa que la verdadera libertad de información se ejerce si se informa, o sea, si se comunica noticia porque la transmisión del reportaje o la publicación de la imagen *no pueden sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un matiz denigrante o desproporcionado*, ya que, tal y como viene reiterando nuestro Tribunal Constitucional, *la Carta Magna no reconoce un hipotético derecho al trato degradante o desmesurado*[327], ni la relevancia comunicativa *puede confundirse con la simple satisfacción de la curiosidad ajena*[328] ni tampoco puede darse prevalencia *al interés malsano o morboso del público por la vida de las personas ya que la libertad de información no está para satisfacer esa curiosidad*[329].

3.3.- auténtico interés general.

Esto es, que exista verdadero interés general o público. Ya sabemos que los medios cumplen con una función social elemental porque contribuyen a la creación de una opinión libre y tal interpretación

---

[327] SSTC 112/2000, 99/2002, 181/2006, 9/2007, 39/2007, 56/2008; y SSTS 100/2009, de 18 de febrero y 456/2009, de 17 de junio

[328] STS 1102/2002

[329] SSTC 89/2006, de 27 de marzo; 127/2003, de 30 de junio.

es un factor determinante según el Tribunal Constitucional[330], pero las imágenes corrientes, es decir, las imágenes cotidianas, intrascendentes y por tanto carentes de interés público (como por ejemplo comprar en una tienda, entrar en un gimnasio, pasear por la calle o similares), no pueden merecer la protección constitucional de las libertades de expresión e información, ni aún en el supuesto de tratarse de personajes públicos o de proyección pública.

Desde nuestro punto de vista, la prioridad del derecho a la información sólo puede aceptarse cuando la imagen por sí sola cumpla con esa función social trascendente de colaborar en la formación de una opinión libre en una sociedad democrática (es decir, cuando en sí misma constituya el ejercicio de la libertad de opinión).

Las imágenes sin relevancia pueden justificarse, quizás, desde la concepción de la información como un género sujeto a las reglas del negocio, es decir, máximo beneficio dentro del legítimo interés empresarial, pero esos criterios no pueden tener protección constitucional al amparo del art. 20 de la CE.

En definitiva, con independencia de la calificación del sujeto (personaje público, notorio o de proyección social o privado), sólo si la información emitida ostentara la consideración de "*interés público*" de manera notable y relevante –no genérica-, cabría justificar y consentir la injerencia en el ámbito tutelado por el derecho a la propia imagen[331]. No bastaría, pues, con la mera existencia de un interés abstracto sino que sería necesario que éste fuera tan valioso o trascendental como para que el uso de la imagen se hiciera *imprescindible*[332] pues la sola referencia a esos intereses *no puede ser una patente de corso*[333].

[330] SSTC 107/1988, de 8 de junio; 197/1991, de 17 de diciembre; 20/1992, de 14 de febrero, entre muchas otras.
[331] Incluso puede ocurrir que aún en presencia de un interés público, la difusión de la imagen puede resultar ilegítima si se lleva a cabo utilizando medios inidóneos para la satisfacción de dicho interés. Sensu contrario, STC 14/2003, de 30 de enero (FJ 9).
[332] ROVIRA SUEIRO, M.E. *El Derecho a la…* Op. Cit. Página 98-99
[333] STS de 7 de octubre de 1996

Afortunadamente nuestros Tribunales vienen considerando frecuentemente que aún en el supuesto de tratarse de personas con notoriedad, el conocimiento de determinadas imágenes no pueden tener la consideración de interés general. Por ejemplo, no lo tuvo la publicación de unas fotografías en la cama de una famosa actriz y modelo española que fue miss España junto con su entonces novio, un conocido Conde italiano (STS, de 11 de noviembre de 2004); ni la publicación de fotografías de una mujer famosa probándose prendas de baño en el interior de un probador (STS, de 22 de marzo de 2001); como tampoco tuvo la consideración de interés general la divulgación de fotografías de dos conocidos personajes en una reserva de caza en Kenia (STC 139/2001, de 18 de junio); o la publicación de las imágenes de una famosa modelo en un reportaje dedicado a la prostitución de lujo (STS, de 18 de octubre de 2004), y otras similares.

3.4.- información veraz.

La veracidad, ciertamente, por su escasa incidencia no es un criterio esencial en lo que al derecho a la propia imagen se refiere pero en todo caso es exigible que lo divulgado sea *fiable y diligente*[334] aunque no sea exacto. Es decir, será suficiente con que se haya actuado con celo para llegar a la convicción de que la información o imagen divulgada es razonablemente conforme con la realidad. Sin embargo ello no puede argumentar una transmisión injusta o indolentemente errónea pues –según ya señalamos anteriormente-, la *veracidad* exige una actuación juiciosamente diligente del informador en interés a contrastar lo transmitido de acuerdo con las circunstancias del caso, *aun cuando la información puede más adelante ser desmentida o no resultar confirmada*, tal y como señala la STC 139/2007[335] antes mencionada.

[334] En igual sentido STC 61/2004, de 19 de abril

[335] Ver también STC 29/2009, de 26 de enero

Dicho esto, creemos que para poder valorar si la diligencia empleada por el informador es suficiente a efectos de entender cumplido el requisito constitucional de la veracidad, debieran tenerse en cuenta al menos los siguientes criterios:

1º.- un mayor nivel exigencia de diligencia si la noticia o imagen que se publica puede suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que se refiere. Por ejemplo, no es admisible que un informador no sea capaz de discernir al menos indiciariamente si la imagen divulgada puede ser ofensiva, intrascendente o si está o no manipulada.

2º.- ha de valorarse también la trascendencia de la información; exigiéndose un mayor cuidado de contraste si lo divulgado afecta de manera considerable al sujeto y existe riesgo de grave resultado. Es decir, valorar adecuadamente la materia de que se trate (si afecta a menores, a la seguridad, etc…).

3º.- valorar moduladamente si la información divulgada afecta a una persona pública o privada.

4º.- apreciar el verdadero objeto de la información: si la presentación de hechos o la divulgación de información se asume como propio del medio o de la persona informante, o si estamos en presencia de una transmisión o manifestación ajena.

5º.- distinguir las ideas de los hechos y los rumores de los hechos verdaderos.

6º.- por último, examinar concienzudamente el carácter del hecho, noticia o imagen divulgada, la fuente que la proporciona y, por supuesto, si existen o no verdaderas posibilidades de contrastarla.

A continuación pasamos a proponer concretas valoraciones en relación a la aplicación normativa.

4.- Concreciones en relación al art. 8 de la Ley 1/1982

Hasta ahora hemos intentado mostrar el desbarajuste que desde nuestro punto de vista se da en torno a los criterios y conceptos que inciden en el derecho a la propia imagen, y singularmente en relación a los límites establecidos en el art. 8 de la LO 1/1982, por lo que además del cambio de criterio jurisprudencial a favor de la dignidad de la persona -al que ya nos hemos referido antes-, y de la necesidad de concurrencia de los criterios generales ya expuestos también, ahora formulamos igualmente las siguientes propuestas:

4.1.- interés histórico, cultural o científico.

En cuanto al requisito de que predomine en la imagen un interés histórico, cultural o científico, creemos que se hace necesario distinguir entre la referencia a personas, por un lado, y lo hechos, por otro.

Si interpretamos que son los hechos reflejados los que deben tener trascendencia para la sociedad, bien porque aporten un beneficio a las ciencias o bien porque contribuyan a la formación de la opinión pública, será indiferente si la imagen afecta o no a personas de relevancia o interés público pues de lo que hablaríamos sería de imágenes con hechos de relevancia histórica, cultural o científica, con independencia de quién fuera el fotografiado.

En tal caso, el límite estaría, pues, en los hechos o actos reflejados en la imagen y no en las personas.

Si interpretamos que son las personas las que deben tener trascendencia para la sociedad o aportar beneficio a las ciencias o contribuir a la formación de la opinión pública, será indiferente si la imagen afecta o no a hechos trascendentales pues de lo que hablaríamos sería de imágenes con personajes históricos, de relevancia cultural o

científica.

Ello significaría, desde nuestro punto de vista, que la imagen de una persona pública o privada no tendría trascendencia histórica, cultural o científica salvo que la propia persona lo tuviera por sí misma, aun sin referencia expresa a una concreta acción reflejada en la imagen, por lo que sería indiferente el hecho mostrado en la fotografía.

Evidentemente, cabe una combinación de ambas: la fotografía puede ser histórica porque el personaje lo sea y protagonice además un hecho histórico o porque se trate de un personaje privado protagonizando un hecho histórico o incluso porque el hecho se convierta en histórico precisamente por razón de su protagonista.

En todo caso, a nuestro parecer lo que debe resultar apreciable y valorable por encima de cualquier otra circunstancia es que el interés histórico, científico o cultural sea predominante, es decir, que sobresalga por encima de cualquier otro motivo (curiosidad, belleza, morbo, fama, objetivo crematístico, etc..) y además, que sea relevante o principal, fuera quien fuese su protagonista.

Por otro lado, sin entrar ahora en un debate sobre qué es la Historia (con mayúsculas) o qué es lo histórico (con minúscula), es evidente que debiera aclararse qué quiere decir la norma cuando habla de interés "histórico", en cuyo caso se debería concretar si se refiere a la Historia como disciplina o ciencia de las Humanidades o si se refiere a un conjunto de hechos y relatos personales o grupales que no tienen la trascendencia suficiente como para formar parte de estudios científicos pues la diferencia no es baladí.

Si hablamos de Historia con mayúscula estamos refiriéndonos a una ciencia que tiene un método propio de investigación y análisis de sucesos y personas mientras que si hablamos de historia con minúscula

estamos refiriéndonos a cualquier relato o cuento.

Evidentemente, decimos que la diferencia sí es trascendente porque ¿Qué Historia o historia es susceptible de suponer un límite a un derecho constitucional?.

Si habláramos de "historia" (con minúscula), sobraría la referencia normativa y hubiera sido suficiente con mencionar como causa justificativa de la intromisión el "*interés público*".

Si la referencia es a la "Historia" (con mayúscula), la norma se vincularía a imágenes pasadas pues un acontecimiento histórico siempre es pasado ya que es algo que nos aleja del presente hacia atrás y que fundamentalmente va siempre referido, como diría el profesor *Amando de Miguel*, a epónimos, *sean políticos, generales o ricoshombres*[336], como personalidades que influyeron en determinados acontecimientos políticos, militares, económicos o sociales que nada tienen que ver con el mundo del espectáculo.

En definitiva, desde nuestro punto de vista podría justificarse la injerencia si existiera interés cultural, científico o Histórico –en el sentido también científico del concepto-, pero en esta categoría –quizás sí en otra-, no cabría admitir la intromisión si las imágenes carecieran de esa nota de suceso, hazaña, proeza, gesto o coyuntura relevante en relación a un acontecimiento científico o cultural o en referencia a una época histórica determinada.

[336] AMANDO DE MIGUEL. *Miseria de la Historia*. http://elpais.com/elpais/2015/07/29/opinion/1438184194_301207.html Fecha de consulta 2 de septiembre de 2015, 22:00 h

4.2.- Criterio del “interés público”.

Desde nuestro punto de vista admitir que una imagen es de interés público, implica superar el análisis de los siguientes juicios:

1.- relevancia pública del hecho divulgado

2.- que la información contribuya al debate político o social

Es decir, será el hecho el que debe tener interés general, por razón de la persona protagonista o por el hecho mismo, pero sólo el hecho.

Ello significa descartar imágenes de la vida privada o cotidiana incluso de personajes públicos o relevantes, cuyo conocimiento sea trivial o indiferente para la sociedad.

Por ejemplo, si lo que se quiere transmitir es la noticia de que en tal o cual lugar se producen violaciones es notorio que la identificación de la víctima de la agresión es irrelevante a efectos de la información que se quiere divulgar; tan irrelevante como transmitir una imagen, pongamos por caso, de un Decano de Facultad o un Diputado (personajes públicos) entrando en un cine o un teatro. Evidentemente esa imagen no tiene relevancia pública ni contribuye al debate político o social, salvo que tales sujetos fueran a ver un estreno mundial o una película u obra prohibida o tachada de escandalosa o asistieran a un evento cinematográfico que tuviera relevancia por sí mismo; en cuyo supuesto, sí podría tener interés público la imagen por la interpretación que, por ejemplo, en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión el informador pudiera valorar como de apoyo por parte de la persona fotografiada a una obra o causa determinada o como acto de rebeldía, o bien porque fuera excepcional (por ejemplo, que se tratara de la primera vez en la vida que un Diputado asiste al cine o al teatro).

En definitiva, que la imagen por sí misma fuera trascendente pero no solo por razón del sujeto individualmente valorado.

Únicamente si se dieran estas circunstancias podríamos afirmar que se cumpliría con la primera exigencia para justificar la intromisión en el derecho a la propia imagen.

Evidentemente, si se tratara de una persona privada el análisis anterior debería ser todavía más escrupuloso de tal modo que sólo en casos de imágenes verdaderamente trascendentes con relevancia indudable y de afectación a intereses generales, la invasión de los derechos de la personalidad en personas privadas podría venir justificada, debiendo valorarse a efectos de la justificación incluso el destino de la imagen. Así, por ejemplo, en STS de 4 de marzo de 2014 que ya citamos antes, la captación de imágenes de un particular haciendo la compra y jugando a la petanca no invadían el derecho a la propia imagen porque se tomaron para su aportación a juicio y se usaron en el contexto de la defensa procesal *sin que se hubiera dado publicidad a las mismas más allá de ese ámbito*.

4.3.- Persona pública y lugar público

En cuanto a la excepción planteada en el apartado 2.a) del art. 8, como ya expusimos anteriormente, la redacción que el legislador dio a la norma es clara: usa la conjunción copulativa "*y".*

Efectivamente, habla 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*. Ello exigiría que para que operara la legitimidad de la intromisión en lo que respecta a los términos de dicho apartado 2 a), se requerirá –desde nuestro punto de vista-, la coincidencia de "*cargo público o profesión de notoriedad*" y "*acto público o lugar abierto al público*". Es decir, la concurrencia de los dos requisitos conjunta y vinculadamente: "uno *y* otro".

Aunque ya pusimos en evidencia quién, desde nuestro punto de vista, debiera o no tener la consideración de persona notoria o de proyección pública a los efectos del art. 8 de la LO 1/82, ahora nos

interesa manifestar que las personas que no participan en el debate público o que no exponen al conocimiento de terceros su vida particular no pueden superar, en nuestra opinión, el criterio de notoriedad y por tanto no deben ver limitados sus derechos de la personalidad incluso aunque su imagen fuera captada en un lugar abierto al público, salvo que la información tuviera relevancia pública o fuera de interés general.

Es decir, en caso de personas discretas por mucho que fueran públicamente conocidas sólo si la imagen captada fuera de interés general cabría tolerar la injerencia.

Pensamos en una persona celosa de su intimidad, sin profesión notoria, cuya imagen vende o atrae incluso sin su contribución voluntaria (es bella, exótica, interesante…), y ello provoca que algunos medios de comunicación la utilicen –aun sin su consentimiento-, para ganar audiencia o para despertar o fomentar la curiosidad del público. Pensamos, pues, en personas como por ejemplo *Telma Ortiz* que no tiene una profesión especialmente relevante ni es persona pública ni participa en el debate público ni exhibe ante terceros su vida particular y que sin embargo ha sido calificada como personaje de proyección pública sólo por el hecho casual de ser hermana de la que hoy es Reina de España. ¿Estaría justificada la limitación de sus derechos de la personalidad? Para nosotros la respuesta evidente es no -salvo que la información tuviera interés general o relevancia comunicativa-, como negativa también sería nuestra respuesta en el caso de, por ejemplo, un hermano del Presidente del Gobierno o la hija del Presidente de una Comunidad Autónoma o el hijo de un afamado director de cine o la hija de un cantante de actualidad o el hijo de un conocido Magistrado pues el hecho de ser "*hermano de*" o "*hijo de*" no puede por sí mismo incardinar a la persona dentro de aquéllas a las que se refiere el art. 8 de la LO 1/82 ya que la Ley habla de personas de notoriedad o proyección pública pero no de *familiares de personas de notoriedad o proyección pública* (excepción hecha, claro está, de que las propios "*familiares de*" fueran notables por sí mismos).

Es decir, habría que estar una vez más al interés general o a la relevancia del momento o circunstancia captada, con independencia de quien fuera la persona.

4.4.- Acto oficial o acto público

En cuanto al segundo elemento subjetivo al que se refiere el art. 8.2 a) de la LO 1/82: captación de la imagen en acto público o lugar abierto al público, reiterando la necesidad de concurrencia conjunta de los elementos "*personaje público o de proyección pública*" y "*acto o lugar público*", creemos que hubiera sido más oportuno y sobre todo más inteligible hablar de "*acto oficial o actos públicos*" en vez de "*acto público o en lugares abiertos al público*".

Si los lugares abiertos al público no siempre van a tener la consideración de lugar público -una playa, según hemos visto, en algunas ocasiones no es lugar público por la hipotética consideración que el Tribunal entiende que el sujeto otorgó por sí mismo al lugar elegido, esto es, si el Juzgador considera que el sujeto interpretó que el lugar, aunque fuere público, no lo era a los efectos del momento en que se pudo haber captado la imagen-, sería preferible acotar el término y diferenciar, por un lado, *el acto oficial* como acto propio del Estado (o de sus representantes, Instituciones o Administraciones públicas, etc…); y por otro, *el acto público* como suceso acaecido *para* o *ante* el público, con independencia de que el lugar fuera o no físicamente un lugar abierto al público, pues la disparidad que se nos ofrece en torno a la naturaleza pública o privada de un acto o un lugar es muy compleja y muchas veces discrepante. Así, el "acto público" a veces se toma como sinónimo de "acto oficial", otras como "acto para el público" y en ocasiones como "acto en público", mientras que "lugar abierto al público" a veces se interpreta como lugar cerrado pero con público, otras como lugar o sitio a la intemperie y otras simplemente como lugar no-privado, lo que implica infinidad de interpretaciones.

Por ello entendemos que la cuestión se aclararía si se delimitaran los términos de tal modo que se hablara de “acto oficial” como acto formal representativo -con independencia de si el lugar es público o no o de si el acto es o no abierto al público-, y de “acto público” como aquel que acontece públicamente, con independencia de si el lugar tiene o no la consideración de concurrido o si sucede o no a cielo abierto. Ello evitaría desde nuestro punto de vista la inseguridad actual.

4.5.- Accesoriedad de la imagen

En cuanto a la accesoriedad de la imagen (art. 8.2 c) para nosotros es crucial definir si el análisis de accesoriedad debe llevarse a cabo en relación a la fotografía e imagen reflejada en ella, si lo debe ser respecto de la relación que se da entre noticia e imagen o si debe realizarse un examen conjunto desde uno y otro ámbito.

En nuestra opinión el criterio de *accesoridad* debe hacerse en relación a la imagen y sólo a ella. Es decir, si la imagen de la persona aparece en la fotografía accidentalmente o de modo marginal o no; no siendo, pues, relevante si la imagen es o no accesoria respecto de la información.

5.- Otras medidas

En relación a la tutela judicial, el art. 9.2 de la LO 1/82 señala que comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima, entre las cuales podrán incluirse –dice textualmente la norma-, las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima así como el reconocimiento del derecho a replicar la difusión de la Sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados.

Como vemos, se admiten **todas** las medidas que sean necesarias, concretándose algunas de las que pueden incluirse, pero sin especificar ni determinar el alcance de la expresión "todas". Nosotros destacamos algunas posibles:

- el secuestro de publicaciones, imágenes o grabaciones. No es nada deseable pero es una medida permitida por la Constitución española en su art. 20.5. Supone una clara restricción a la libertad de expresión e información y por ello sólo podría adoptarse, obviamente, por resolución judicial una vez superado el juicio de proporcionalidad[337]. Dicha medida, *sólo podrán adoptarse en el curso de un proceso judicial en el que se pretendan hacer valer o defender, precisamente, los derechos y bienes jurídicos que sean límite de tales libertades* (expresión e información), *proceso que es el cauce formal inexcusable para la prestación de la tutela a la que está abocada la función jurisdiccional y donde ha de recaer la adecuada resolución judicial motivada, que deberá estribar la medida en la protección de tales derechos y bienes jurídicos, con severa observancia tanto de las garantías formales como de las pautas propias del principio de proporcionalidad exigibles en toda aplicación de medidas restrictivas de los derechos fundamentales*"[338].

- medidas restrictivas previas. No hablamos de censura previa sino de adopción de prevenciones procedentes de un órgano jurisdiccional competente objetiva y territorialmente para la restricción de derechos. Es decir, se trataría de una medida restrictiva que puede y solo debe ser adoptada por un Juez o Tribunal, debidamente habilitado por ley[339].

- destrucción o retirada de información. Incluye publicaciones, libros, carteles, fotografías, etc.. Obviamente, también debe ser excepcional.

---

[337] SSTC 89/2006, de de 27 de marzo y 14/2003, de 28 de enero

[338] STC 34/2010, de 19 de julio
[339] STC 187/1999, de 25 de octubre

- derecho a réplica. Recogido expresamente en el art. 9.2 de la LO 1/82 y regulado en la LO de 26 de marzo de 1984, del derecho de rectificación. Pero es un procedimiento que señala unos plazos muy cortos que, desde nuestro punto de vista, deben ser revisados, como también deben revisarse los escuetos límites dentro de los cuales puede admitirse tal derecho.

- acción de jactancia. Sería una derivación del derecho a difundir la Sentencia. El ejercicio de dicha acción permitiría al perjudicado requerir al demandado al objeto de que no volviera a infringir sus derechos, obligándole a cesar en sus agresiones bajo pena de condenarle a "*callar para siempre*" o "*perpetuo silencio*"[340]. El Código Civil no la recoge pero el Tribunal Supremo la ha admitido[341].

- daños punitivos. En nuestra opinión no sería desechable regularlos como efecto disuasorio de tal modo que la indemnización incluyera no sólo la reparación del daño sino una sanción civil.

6.- Indicación en medios virtuales: Internet

Por último, como dijimos al inicio de este trabajo, desde el mismo momento de la aparición de la fotografía se han venido generando situaciones de conflicto que han sido tratadas históricamente en mayor o menor medida con el objetivo de salvaguardar los derechos de la persona. Pero actualmente, el desarrollo tecnológico casi ilimitado junto a las nuevas tendencias culturales y los nuevos modos de almacenamiento de información y transferencia de datos, agravado todo

---

[340] CONCEPCION RODRIGUEZ, JL. *Honor, intimidad y propia imagen*. Edit. Boch. Barcelona, 1996. Pág. 272.

[341] Las SSTS de 22 de septiembre de 1944, 4 de junio de 1969 y 16 y 20 de mayo de 1988 admiten su vigencia., aunque bien es verdad que se muestran dudas en las SSTS de 11 de mayo de 1995 y 22 de febrero de 2000. Incluso el ATS de 8 de abril de 1992 plantea su posible derogación por los problemas de desarrollo práctico que conlleva.

ello por el comportamiento casi desmedido de la sociedad que, bien por incompetencia o simplicidad o bien por desconocimiento, está ocasionando que los seres humanos dejen de valorar adecuadamente los derechos de la personalidad -especialmente los derechos a su intimidad y propia imagen-, nos hacen concluir que la renovación de las normas reguladoras de tales derechos se ha convertido en una urgente necesidad.

Efectivamente, son tantas y tan sorprendentes el número de circunstancias generadoras de posible vulneración o afectación del derecho a la propia imagen que la regulación normativa se ve desbordada a cada instante y por tanto se hace inexcusable una actualización legal.

Como ya señalábamos antes, la facilidad con la que hoy día se captan, reproducen, emiten y transportan fotografías, datos o documentos es tan incontrolable que incluso podemos encontrar imágenes de una persona en un lugar o en un ámbito que aquella no conoce, o lo que es peor, ni siquiera sospecha. Y ello acarrea problemas de difícil solución, tantos que el sujeto se va hallar en ocasiones ante una casi absoluta imposibilidad -desde el punto de vista legal y práctico-, de ejercer las acciones que pudieran corresponderle en defensa de sus derechos.

Ese es, sin duda alguna, uno de los inconvenientes de la llamada “globalización”.

Si a ello le unimos la falta de comunicación real, directa y personal que hoy se da entre los miembros de nuestra sociedad –tremenda contradicción en un mundo intercomunicado-, o los comportamientos psicológicos que esa ausencia de comunicación conlleva -llegando a suplir la relación personal por una comunicación virtual-, podemos afirmar que el desamparo es absoluto.

Y si además el ser humano tiene hoy como objetivo casi primordial obtener la fama o la notoriedad de manera rápida y universal –cosa que sólo se logra, al parecer, si la imagen de uno está omnipresente en las redes sociales-, entonces debemos abandonar toda esperanza.

Esa es precisamente otra de las grandes contradicciones que provoca el universo virtual: un mundo en el que apareciendo como sustancial el culto a la imagen de la persona, su apariencia externa, su belleza, la manera de vestir, los cosméticos, las marcas de ropa que se usan y las intervenciones plásticas que facilitan un rostro y un cuerpo más perfecto y atractivo, resulta que nos exponemos constantemente al uso y abuso de nuestra imagen –incluso por terceros-, sin reparar en que la estamos convirtiendo en un objeto impersonal, sin valor, que pasa de mano en mano y de ojo en ojo sin que sintamos un ápice de preocupación por una sobreexposición que, a la postre, nos a va desnaturalizar. Este es otro de los irrefutables problemas de las redes sociales.

Sin embargo, hemos de reconocer algo incontestable: si no estás en las redes no estás en el mundo.

Efectivamente, nadie puede negar que Internet ofrece tal serie de ventajas y beneficios que lo han convertido en un medio de comunicación imprescindible en el mundo actual y, efectivamente, sin Internet hoy no se concibe ni la comunicación ni la información ni el mundo del ocio, la cultura o el comercio. Sin embargo, al lado de las ventajes aparecen numerosos inconvenientes, que van desde la evidente facilidad que proporciona el medio para la comisión de determinados delitos hasta la más que palpable facilidad con que, a través de la red, se pueden vulnerar derechos fundamentales. Específicamente los relacionados con el honor, la intimidad o la propia imagen.

Infracciones que presentan notorias dificultades a la hora de enfrentarse a ellas pues hemos de reconocer que los intentos por exigir responsabilidades va a ser tarea harto embarazosa. Primero, porque no va a resultar fácil localizar e identificar a los posibles autores o responsables de dichas vulneraciones, pero sobre todo, porque una vez identificados, va a ser muy difícil imputarles responsabilidad alguna pues hay un hecho cierto: en multitud de ocasiones los propios prestadores del servicio desconocerán la existencia de la infracción.

Por otro lado, si nos referimos a la LSSI vemos cómo a los prestadores del servicio incluso no se les impone obligación alguna de controlar los datos que transmiten o almacenan, como tampoco se les obliga a localizar el origen de las actividades ilícitas que puedan promoverse en el sitio que administran. Y en todo caso, tampoco responderán si acreditan que no conocían las circunstancias del caso o si actúan con prontitud retirando los datos o imposibilitando el acceso, lo que a la postre puede suponer que se esté *dando primacía a la sociedad de la información creando parcelas de impunidad para los servidores y alojadores de datos*[342].

Además, el problema no es tanto que el responsable de la página o *sitio web* retire o no inmediatamente el contenido ilícito; el problema es que esa retirada no impide o no tiene por qué impedir que la información pueda quedar almacenada en los buscadores de Internet posibilitando así que los datos o imágenes perturbadoras permanezcan en la web durante algún tiempo distribuyéndose por todo el mundo y manteniéndose de ese modo la posible infracción; con otro problema añadido, cual es la facilidad con la que resulta posible crear una dirección de correo electrónico o una página web con datos falsos abriendo así la puerta a posibles actuaciones impunes.

[342] SAP Lugo, nº 538/2009, de 9 de julio.

Evidentemente -decimos una vez más-, la información es esencial para conformar una sociedad democrática pero cuando se vulneran o existe riesgo evidente de que puedan vulnerarse derechos fundamentales, el recorrido debe ser otro; un camino que, para nosotros, pasaría por introducir reformas legislativas que impusieran a los prestadores de servicios la obligación de adoptar medidas eficaces para tratar de identificar a quienes accedieran a los que ellos prestan –de hecho existe una evidente incapacidad para determinar qué tipo de usuarios van a acceder a la red y así poder comprobar, por ejemplo, si son o no menores de edad-, o para localizar a quienes difundieran los contenidos y, por supuesto, para suprimir o rechazar los datos o imágenes que resultaren palpablemente ilícitas.

En ese sentido, a nosotros nos parecería adecuado la creación de un instrumento jurídico internacional que proveyera o dispusiera de normas fundamentales para la regulación de Internet y que, entre otras cuestiones, delimitara todo lo atinente al control de acceso, responsabilidades, jurisdicción e incluso lo lícito y lo ilícito, sin que todo ello dependiera de las legislaciones internas.

Sin embargo, hasta el momento se ha dejado casi todo en manos de la autorregulación, lo cual implica dejar al albur de sectores privados –generalmente empresas muy poderosas- decisiones muy trascendentes que pueden afectar gravemente a consumidores y usuarios.

En todo caso, entrando ya en las respuestas a los problemas que se plantean es evidente que ante una vulneración de derechos la primera responsabilidad debe recaer sobre el autor real de la infracción, sin embargo ya sabemos que su identificación y/o localización es tarea casi imposible. Para subsanar el déficit bastaría con solicitar, por ejemplo, la firma electrónica de los usuarios que acceden a los servicios o posibilitar a los interesados el uso de herramientas de control de datos o imágenes personales a fin de que pudieran intervenir mediante el uso

de claves de identificación personal y bajo su responsabilidad, del mismo modo en que, por ejemplo, un particular, y sólo él, puede acceder a su cuenta bancaria y manipularla lícitamente, haciendo ingresos, transferencias, pagos, etc…

En ese sentido, no es admisible, por ejemplo, que se exima de responsabilidad al propietario de un portal donde se aloja una página que publica artículos insultantes contra una determinada persona, que habiendo sido requerido por el perjudicado notarialmente no sólo no retira la difusión de mensajes antiguos sino que permite la entrada de nuevos sin facilitar la identidad real del cliente ofensor –a pesar de haber sido requerido-, y sobre todo, sin poder facilitarla porque, inexplicablemente, había contratado con una persona inexistente, mediante contrato electrónico, sin comprobar la identidad.

Este es un supuesto real enjuiciado en el que, a efectos de exención de responsabilidad, el Tribunal razona que, a pesar de que los datos facilitados por el cliente en el contrato electrónico no se correspondían con una identidad real –eran datos falsos-, *es extremadamente difícil comprobar si los datos proporcionados por los clientes al contratar por contrato electrónico son ciertos* (SAP Madrid, 835/2005, de 20 de diciembre, en Recurso de Apelación 229/2005), apoyándose el Tribunal para la declaración de inexistencia de responsabilidad tanto en la Directiva de la UE 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio como en el tenor de lo establecido en el art. 13 de la Ley 34/02, que exime de responsabilidad a los proveedores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos que albergan un sitio web respecto del control de los contenidos que transitan por sus sistemas informáticos en tanto que sólo serán responsables por contenidos que ellos elaboren o de los que tengan conocimiento efectivo que son ilícitos o pueden lesionar bienes o derechos de un tercero, si no actúan con diligencia para retirarlos o imposibilitar su acceso a ellos.

Es decir, no se les obliga a fiscalizar los contenidos y sólo se les impone un deber de diligencia concretado en lo establecido en el art. 11 y 16 de la antedicha Ley -descartando la responsabilidad civil solidaria que, por ejemplo, sí tendría el director de un medio tradicional (prensa, pongamos por caso) o el editor-, porque, según el Tribunal, el proveedor del servicio virtual es ajeno al contenido.

Como vemos, el Tribunal, entre otras cuestiones, solamente imputaría responsabilidad si los proveedores o almacenadores tuvieran "*conocimiento efectivo*" de la ilicitud ¿Pero cuándo se entiende tal?. Pues en principio, cuando un órgano competente hubiere declarado ilícitos o lesivos los datos y hubiera ordenado su retirada o, al menos, hubiera pedido que se imposibilitara el acceso a los mismos y el prestador conociera dicha declaración, *conocimiento que se puede obtener a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar… una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate*[343].

Bien es verdad que todavía hoy se sigue perfilando el alcance concreto del concepto "conocimiento efectivo" y de la responsabilidad de los prestadores de servicios conforme se va interpretando y aplicando en cada caso concreto[344] pues la diligencia *que cabe exigirse a los prestadores de servicios puede resultar imposible debido al sinnúmero de datos que pueden ser y de hecho son alojados*[345].

No obstante, en el caso que venimos enjuiciando ¿No sería responsable el dueño del portal por haber contratado con un cliente que ha dado datos falsos?.

Verdaderamente es muy difícil –como dice el Tribunal-, comprobar si los que proporcionó a la firma del contrato electrónico eran o no ciertos pero algo hay evidente en el caso enjuiciado: si hubiera

[343] STS núm. 773, de 9 de noviembre de 2009.
[344] CONTRERAS NAVIDAD, Salvador. *La protección del honor, la intimidad… Opus cit.* Pág 138
[345] LOPEZ DE LA PEÑA SALDIAS, J. Francisco. *Libertad de expresión e Internet. Responsabilidad de los prestadores de servicios*. Revista Aranzadi doctrinal nº 3 junio-2010. edit. Aranzadi S.A. Pág. 27

actuado simplemente con la diligencia *de un buen padre de familia* (que es lo que únicamente se le exige), habría advertido que "*Narciso, con domicilio en la Calle 000 núm. 000 de Barcelona*" (datos reales del caso enjuiciado), no parecen especialmente verdaderos.

Sea como fuere, la obligación de adoptar medidas eficaces para tratar de identificar a quienes acceden a los servicios para difundir datos, opiniones o imágenes (solicitando, por ejemplo, la firma electrónica u otros elementos de control, como antes hemos señalado), solucionaría o, al menos, ayudaría a paliar el problema.

Todo ello sin perjuicio de facilitar al interesado el ejercicio directo en los motores de búsqueda de algún tipo de "*derecho de rectificación*" o "*aclaración"* similar al recientemente aceptado "*derecho al olvido*" -del que hemos hablado en apartados anteriores-, frente a resultados de consultas que incluyeran imágenes o datos inadecuados, pero a través de un proceso más inmediato que implicara no sólo la eliminación del contenido de los sitios web eliminando los resultados de búsqueda sino eliminando el contenido de Internet.

También cabría adoptar medidas que permitieran aplicar en internet el régimen de responsabilidad fijado para los medios tradicionales de comunicación (televisión, prensa o radio) pues no parece que, aún con las peculiaridades de cada caso, si el editor de un periódico o el editor del mismo asumen o pueden asumir una responsabilidad solidaria que se justifica en su respectiva culpa ¿Por qué el distribuidor de información o prestador de servicio virtual no? ¿Carecen de capacidad de decisión? Sin embargo tienen capacidad para contratar. ¿No pueden comprobar los datos proporcionados? Pónganse las herramientas necesarias para ello.

En ese sentido, cierto es que en la prensa escrita un editor tiene facultades de control mientras que el servidor, en tanto que mero facilitador de un servicio –si sólo es eso-, no tiene poder de supervisión

y por tanto no puede responder. Sin embargo, la diferencia entre esos medios que llamamos tradicionales e Internet no es tan absoluta ya que la extensión pretendida del régimen de responsabilidad aplicable en aquéllos al virtual, ya existe; por ejemplo, en el ámbito electoral[346]. Efectivamente, la Instrucción 4/2007 de 12 de abril, de la Junta Electoral Central, recuerda que las prescripciones establecidas por la legislación en materia electoral son también aplicables cuando se empleen las nuevas tecnologías de la comunicación y la información.

Incluso hay Sentencias que hacen extensible la responsabilidad del moderador hacia el administrador del sitio por no haber actuado éste ante la inactividad de aquél frente a un ataque "*Troll*"[347] en un determinado foro. Así, señalan nuestros Tribunales que los moderadores han de luchar contra esa clase de prácticas y, en caso de no actuación de los moderadores, quien debe intervenir es el "administrador" (SAP Barcelona nº 707/2010, de 29 de noviembre, en Recurso de Apelación 205/2010).

En definitiva, no se trataría de obstaculizar la necesaria información en toda sociedad democrática sino de impedir la creación de espacios inmunes a posibles vulneraciones de derechos constitucionales.

Dicho de otro modo, se trataría de garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas aunque ello supusiera limitar el uso de la informática, tal y como admite la Constitución española en su art. 18.4.

Quizás eso no fuera la solución del problema pero, al menos, paliaría las consecuencias.

[346] CONTRERAS NAVIDAD, Salvador. *La protección del honor, la intimidad… Opus cit.*. Pág 146
[347] Ataque *troll* es la actuación de quien, con diferentes formas, pretende provocar controversia sobre una cuestión concreta o contra alguien mediante expresiones u opiniones amenazantes, groseras u ofensivas.

VIII.- BIBLIOGRAFIA

- ALEGRE MARTINEZ, M. A. *El Derecho a la Propia Imagen.* Ed. Tecnos, Madrid, 1997.

- AZURMENDI ADARRAGA, Ana. *El Derecho a la Propia Imagen: su identidad y aproximación al Derecho a la Información.* Edit. Civitas, 1998.

- AZURMENDI ADARRAGA, Ana. *La despenalización de las intromisiones en los derechos al honor, a la intimidad familiar y personal y a la propia imagen*, *www.bibliojuridica.org*/libros/5/2404/22.pdf

- BACIGALUPO SAGGESE, Mariano. *La aplicación de la doctrina de los límites inmanentes a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal*. REDC nº 38, 1993.

- BAÑEGIL ESPINOSA, Miguel A. *Los Derechos de la personalidad, Instituciones de Derecho Privado*, Tomo I, Volumen 2º. Thonson-Civitas, 2003

- BARNES VÁZQUEZ, Javier. *Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades. Introducción, selección y análisis crítico*. Cuadernos de derecho público, nº 5, 1998.

- BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid 2005.

- BLASCO GASCÓ, Francisco de P. *Patrimonialidad y Personalidad de la imagen*. Bosch, 1ª edición 2008.

- CARRILLO, Marc. "*El derecho a la propia imagen como derecho fundamental*". Revista jurídica de Asturias, núm. 18, 1994.

- CASADEVALL Joseph. *El Convenio europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*. Ed. Tirant lo Blanc, Valencia 2012.

- CASAS VALLES, R. *Comentario a la STS de 17 de julio de 1993*. CCJC 1993, núm. 33.

- CASTÁN TOBEÑAS. *Los derechos de la personalidad*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, segunda época. Tomo 24.

- CASTELLS OLIVAN, Manuel, *La galaxia de Internet*, ed. Areté, Barcelona, 2001.

- CASTILLO-CÓRDOVA, LUIS. *Las libertades de expresión e información como derechos humanos*. Palestra Editores. Perú, 2006.

- CIFUENTES, Santos. *Elementos de Derecho Civil, Parte General.* 4ª ed. Edit. Astrea, Buenos Aires, 1997.

- CONCEPCION RODRIGUEZ, JL. *Honor, intimidad y propia imagen*. Edit. Boch. Barcelona, 1996.

- CONTRERAS NAVIDAD, Salvador. *La protección del honor, la intimidad y la propia imagen en Internet. Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional*. Aranzadi-Thomson Reuters. Primera edición, 2012.

- CREMADES, Javier. *La era de la comunicación*. http://micropoder.org/index.php?option=com_content&view=article&id=71:la-era-de-la-comunicacion-&catid=1:general&Itemid=56

- DELGADO ECHEVARRÍA, J. *Elementos de Derecho Civil I, parte general, volumen segundo, Personas*.

- DE CARRERAS SERRA, Lluís. *Derecho español de la información*. Editorial UOC, 2003

- DE LAMA AYMA, Alejandra. *La protección de los Derechos de la personalidad del menor de edad*. Tirant lo Blanch, Valencia 2006.

- DE VERDA Y BEAMONTE, José R. *Las intromisiones legítimas en los derechos a la propia imagen y a la propia voz (Un estudio del art. 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, a la luz de la reciente jurisprudencia)*. Publicado en la Ley, 11 de julio de 2007.

- DIAZ REVORIO, Francisco J, *Los Derechos Humanos ante los nuevos avances Científicos y Tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución*. Comisión nacional de los Derechos Humanos (México). Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. 3ª edición (2001). Ed. Huallaga, Lima.

- FERNANDEZ ESTEBAN, Mª Luisa. *El impacto de las nuevas tecnologías e Internet en los derechos del art. 18 de la Constitución.* Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura. Nº 17. 1999.

- GARCÍA AMIGO, Manuel. *Derecho Civil de España. I. Parte General*. Universidad Complutense, Madrid, 1997.

- GOMEZ CORONA, Esperanza. *La propia imagen como categoría constitucional*. Edit. Aranzadi, S.A. Pamplona, 2014.

- GONZÁLEZ BEILFUS, Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, ed. Aranzadi, Navarra, 2003.
- GONZALEZ GAITANO, Norberto. *El deber de respeto a la intimidad*. Eunsa, Pamplona, 1990.

- GITRAMA GONZALEZ, M. *Imagen*, en Nueva Enciclopedia jurídica. Tomo 11. Barcelona 1979

- GITRAMA GONZALEZ, Manuel. *El derecho a la propia imagen, hoy*, en Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, Vol VI. Madrid, 1998

- GRIMALT SERVERA, Pedro. *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*. Edt. Iustel. Madrid 2007.

- GUASTINI, Ricardo. *Los principios en el derecho positivo*. Traducción de Jordi Ferrer i Beltrán, Edit. GEDISA, Barcelona 1999.

- HERRERO-TEJEDOR, Fernando. *Honor, Intimidad y Propia Imagen*. Madrid, Colex, 1994.

- IGARTÚA ARREGUI. *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*. Madrid, 1991.

- LACALLE NORIEGA, María. *La persona como sujeto de derecho*. Edit. Dikynson S.L. Madrid 2013.

- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de derecho civil*, tomo I, Ed. Trivium, Madrid, 1992.

- LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS F.P., *El derecho personalísimo sobre la propia voz*. *La Ley*, 1990.

- LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. *El derecho a la imagen de las cosas propias*, La Ley,2006

- LEÓN ANGUIANO, Bienvenido, *Transformar la televisión. Otra televisión es posible*, Ed. Comunicación social, ediciones y publicaciones, 1ª edición, Sevilla, 2008.

- LOPEZ DE LA PEÑA SALDIAS, J. Francisco. *Libertad de expresión e Internet. Responsabilidad de los prestadores de servicios*. Revista Aranzadi doctrinal nº 3 junio-2010.

- LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*. Madrid, Edit. Trivium, 1988.

- LLANEZA GONZÁLEZ, Paloma, *Internet y comunicaciones digitales*, ed. Boch S.A., Barcelona, 2000

- MARTINEZ DE AGUIRRE, Carlos. *Curso de Derecho civil I. Derecho privado. Derecho de la Persona*. 3ª edición, 2008. Colex.

- MARTI, Luz del Carmen. Revista Letras Jurídicas, nº 8, julio 2003.

- MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José Mª. *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional.* Ed. Civitas, Madrid,1993.

- MONTÉS PENADÉS, Vicente L., *Derecho civil, parte general. Derecho de la persona*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

- MORAES, Walter. *Derecho a la propia imagen*. Revista de los Tribunales, de Sao Paulo, Brasil, 1972; núm. 443.

- NOGUEIRA ALCALA, Humberto. *El Derecho a la Propia Imagen como Derecho Fundamental Implícito. Fundamentación y Caracterización*, Revista Ius et Praxis, 2007

- NOVOA MONREAL, Eduardo. *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de Derechos.* Ed. Siglo XXI, 6ª edición, México 2001.

- O´CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *La Libertad de expresión, sus límites: honor, intimidad, propia imagen.* Madrid, Revista de Derecho Privado, 1991.

- ORTI VALLEJO, A. *Derecho a la intimidad e informática*. Granada, 1994.

- OSORIO ITURMENDI, L. *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (coordinados por Jiménez-Blanco A. con Jiménez-Blanco G. y Mayor Menéndez P.), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid 1995.

- PABLO CONTRERAS, Pedro de; PEREZ ALVAREZ, Miguel A.; PARRA LUCAN, Mª Angeles. *Derecho de la Persona*, Editorial Colex, 3ª edición 2008.

- PARDO FALCON, Javier, *Los Derechos del artículo 18 de la Constitución Española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Revista Española de Derecho Constitucional nº 34, 1992.

- PASCUAL MEDRANO, Amelia. *El Derecho Fundamental a la Propia Imagen. Fundamento, Contenido, Titularidad y Límites*. Edit. Thomson-Aranzadi, 2003.

- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Ed. Tecnos, Madrid, 8ª edición, 2003.

- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos fundamentales*, 7ª edición. Tecnos, Madrid 1998.

- PEREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Marcial Pons. Madrid 2010. 12ª edición. Revisada por Manuel Carrasco Durán.

- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Cuadernos "Bartolomé de las Casas",* nº 7. Ley, principios derechos. Dykinson 1998.

- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Ed. TROTTA. Madrid 2003.

- RALLO LOMBARTE, Artemi, *El Derecho al olvido y su protección*, Revista Telos (Cuadernos de Comunicación e Innovación), Ed. Fundación Telefónica, 2010.

- RIFKIN, Jeremy, La sociedad de coste marginal cero. Colección Estado y sociedad, ed. Paidos, Barcelona, 2014. Traducctor: Genís Sáncjez Barberán.

- RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de Sucesiones, Común y Foral,* Tomo I, 4ª edición, ed. Dykinson, Madrid, 2009.

- RODRÍGUEZ DA CUNHA E CRUZ, Marco Aurelio. *El Concepto Constitucional del Derecho a la Propia Imagen en España y en Brasil. (htp:// editora.unoesc.edu.br/index.php/espaciojuridico/article/viewFile/4069/2092. Año 2013.*

- ROGEL VIDE, Carlos. *Origen y actualidad de los derechos de la personalidad*. Estudios de Derecho Civil – Persona y Familia. Edit. Reus. Madrid 2008.

- ROGEL VIDE, Carlos. *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*. Publicación del Real Colegio de España en Bolonia, 1985.

- ROVIRA SUEIRO, María E. *El derecho a la propia imagen. Especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito*. Edit. Comares S.L., Granada, 1999.

- ROVIRA SUEIRO, María E. *El derecho a la propia imagen.* Editorial Comares SL, Granada, 2000.

- ROYO JARA, J. *La protección del derecho a la propia imagen*. COLEX, Madrid, 1987

- ROYO JARA, J. *Curso de derecho constitucional*. Madrid, 1995.

- RUIZ RODRÍGUEZ, Virgilio. *El Derecho a la libertad de expresión e información en los sistemas europeo e interamericano.* Universidad Iberoamericana, edic. 2011

- SAAVEDRA LOPEZ, Modesto. *El derecho a la libertad de expresión como garantía constitucional de la opinión pública*, en AA.VV. "Constitución y Derechos Fundamentales", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.

- SALVADOR CODERCH, Pablo*, ¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo*, Ed. Civitas, Madrid, 1987.

- SAMUEL D. WARREN y LOUIS D. BRANDEIS (1890), "*The Right to Privacy* ", Harvard Law Review, vol. IV, núm. 5. Pág. 193 y ss. Traducido por PENDAS y BALSEGA, *El derecho a la intimidad*, Civitas, Madrid, 1995.

- SANCHEZ GONZALEZ, Santiago. *Comentarios a la constitución española de 1978* (dirigida por Oscar Alzaga Villamil), Tomo II, Madrid 1997.

- SUAREZ, ELDA M. *Estado de la cuestión sobre el derecho a la intimidad*. Volumen 3. Díkaim, 1994.

- SERRA CALLEJO, Javier, *La discriminación laboral por causas atípicas: el aspecto físico y la posesión de enfermedades contagiosas*, Estudios Financieros. Revista de trabajo y seguridad social, núm. 127, 2003.

- UIA-Fundación Manuel Buendía. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Méjico, 1998.

- VAZQUEZ FERREYRA, Roberto. *Responsabilidad civil por lesión a los derechos de la personalidad, en Derecho de daños.* Homenaje al profesor Dr. Félix A. Rodrigo Represas. Segunda parte. LA ROCCA, 1993.

- VILLALBA DÍAZ, Federico Andrés. Algunos aspectos acerca del derecho patrimonial y extrapatrimonial sobre la propia imagen. http://www.revistapersona.com.ar/Persona10/10Villalba.htm

- ZAGREBLESKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, derechos y Justicia.* Trotta, Barcelona 1999